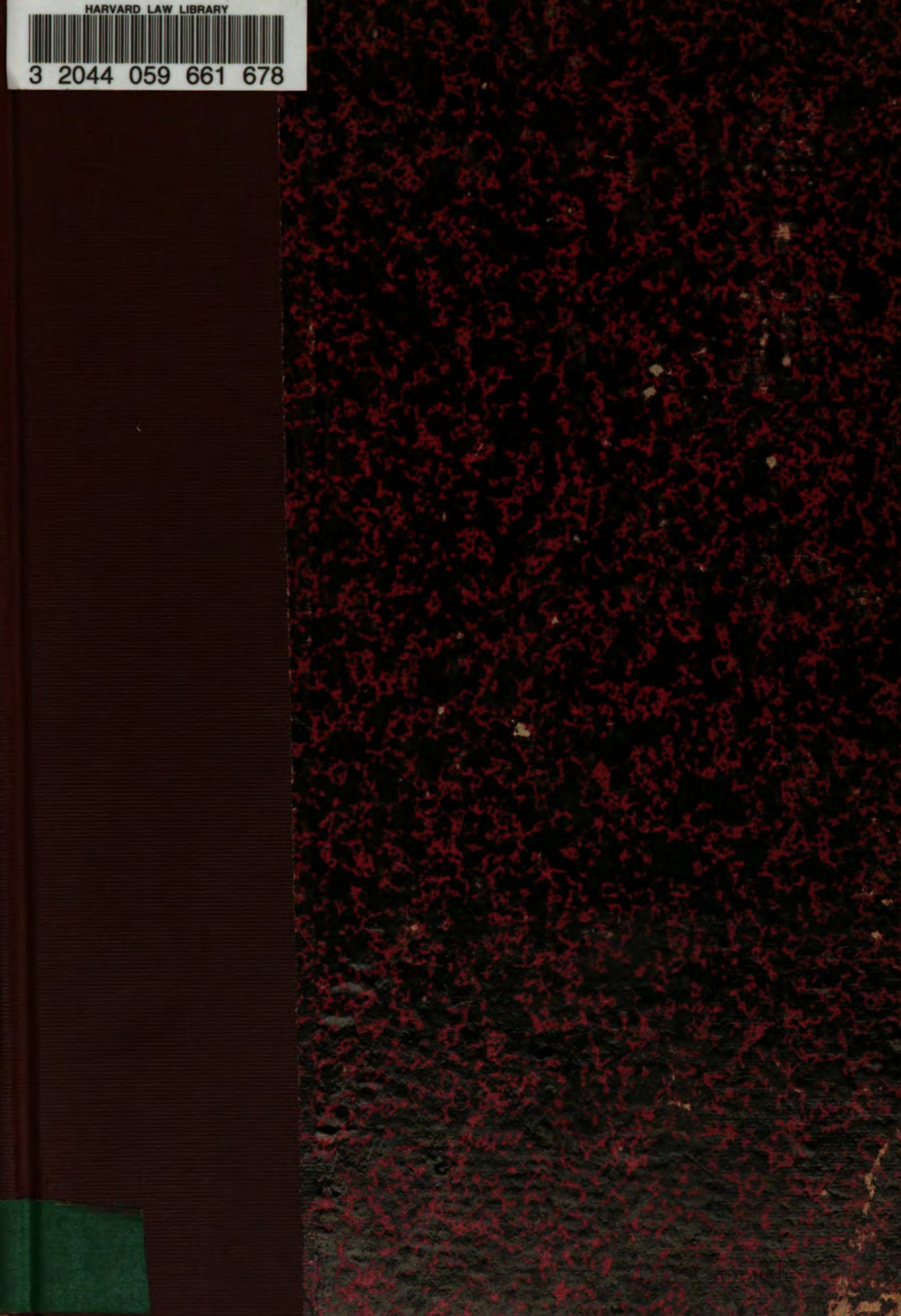
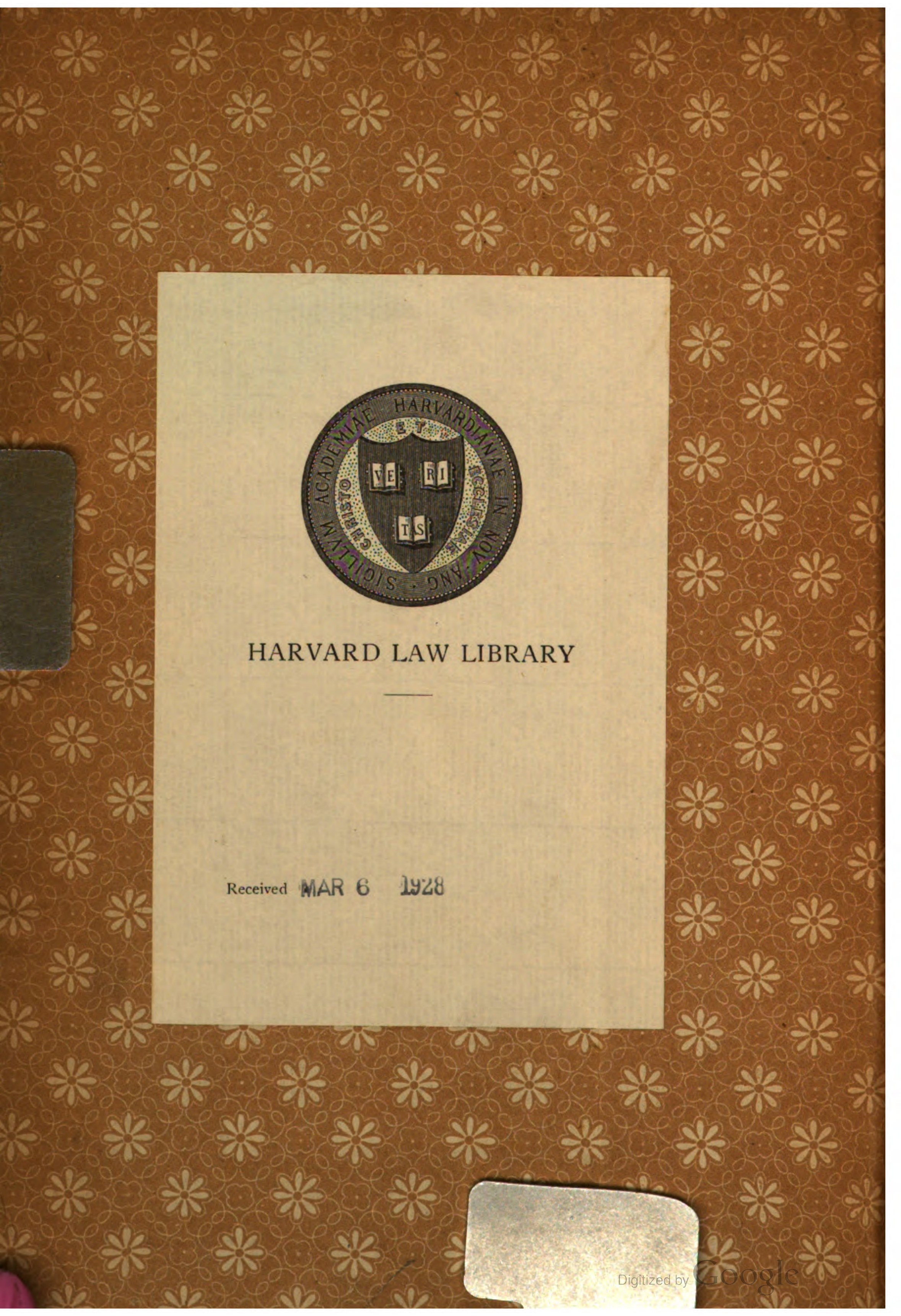
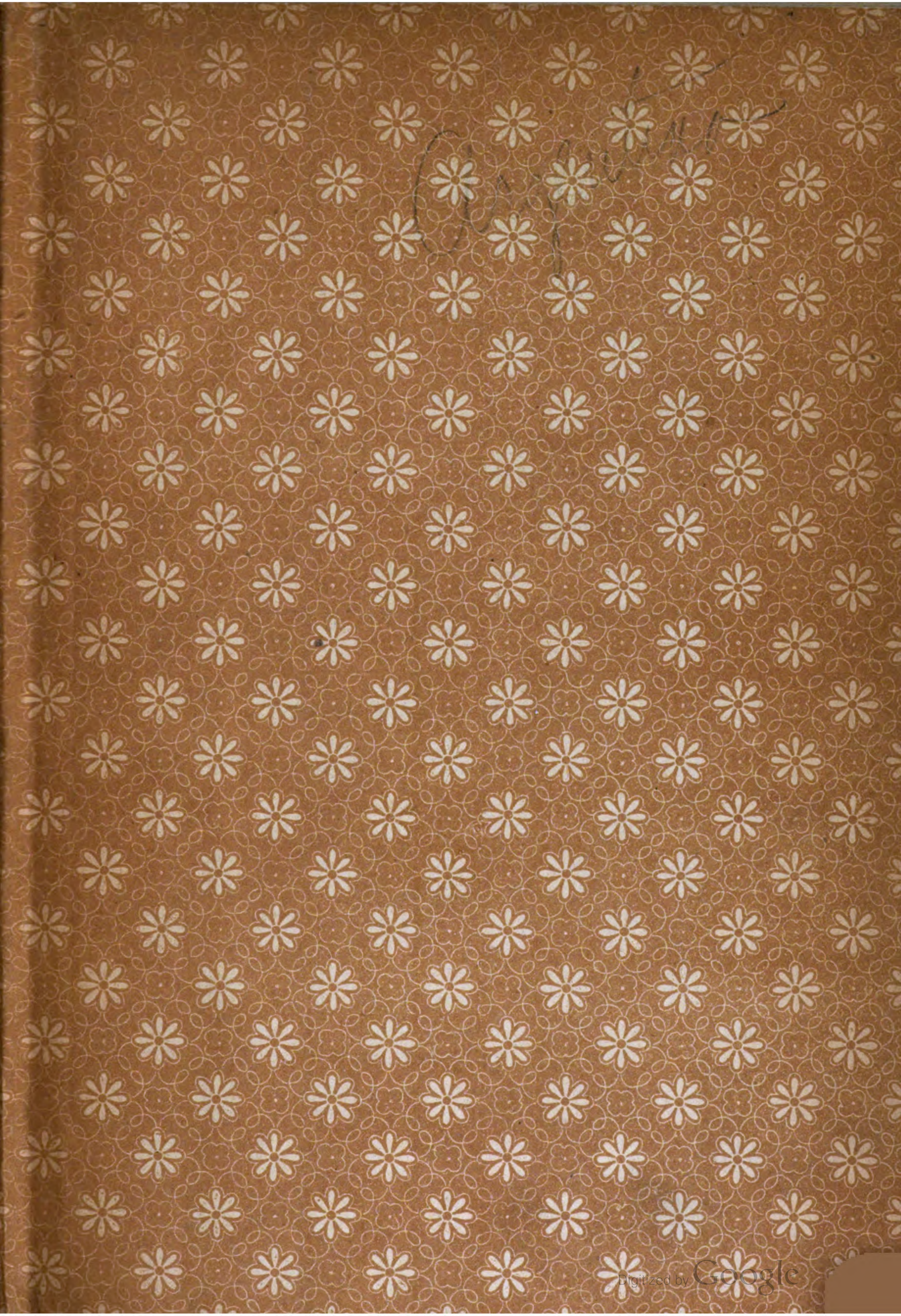



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Al Dr. José M. Drago

de su affmo

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DERECHOS HEREDITARIOS

DE LA

MUJER CASADA

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

RAFAEL HERRERA VEGAS (hijo)

(OPTA AL PREMIO DE LA FACULTAD)

BUENOS AIRES

IMPRENTA DE PABLO E. CONI É HIJOS, ESPECIAL PARA OBRAS

680 — CALLE PERU — 680

1892

La responsabilidad por las doctrinas jurídicas sostenida en esta tésis, corresponden exclusivamente á su autor.

(Reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, art. 143).

FACULTAD

DE

DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Doctor Manuel Obarrio

ACADÉMICOS TITULARES

Dr. Bernardo de Irigoyen.
" Pedro Goyena.
" Eduardo Costa.
" Aurelio Palacios.
" Benjamín Victorica.
" Leopoldo Basavillaso.
" Luis Saenz Peña.
" Antonio E. Malaver.
" Juan José Montes de Oca.
" Amancio Alcorta.
" David de Tezanos Pinto.
" Lucio V. López.
" Wenceslao Escalante.
" Luis Lagos Garcia.
" Antonio Bermejo

ACADÉMICOS HONORARIOS

Sr. José Manuel Estrada.
Dr. Vicente F. López.
" Carlos Tejedor.
Teniente General Bartolomé Mitre.

Secretario

Dr. Enrique Navarro Viola.

CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD

TITULARES

Derecho Civil........................	Dr.	David de Tezanos Pinto.
Derecho Civil (1er año)................	"	Baldomero Llerena.
Derecho Comercial....................	"	Manuel Obarrio.
Derecho Penal........................	"	Norberto Piñero.
Procedimientos........................	"	Enrique Martinez.
Derecho Romano......................	"	Pedro Goyena.
Derecho Internacional Privado.........	"	Amancio Alcorta.
Derecho Constitucional y Administrativo	"	Lucio V. López.
Economía Política.....................	"	Félix Martín y Herrera.
Finanzas.............................	"	Luis Lagos García.
Filosofía del Derecho.................	"	Wenceslao Escalante.
Derecho Internacional Público.........	"	Antonio Bermejo.
Introducción al estudio del Derecho y Derecho público eclesiástico	"	Juan José Montes de Oca.

SUPLENTES

Derecho Civil.........................	Dr.	Angel S. Pizarro.
Derecho Civil 1er año)................	"	Raimundo Wilmart.
Derecho Comercial....................	"	Pascual Beracochea.
Derecho Penal........................	"	Osvaldo M. Piñero.
Procedimientos.......................	"	Nicolas Casarino.
Derecho Romano......................	"	Carlos L. Marenco.
Derecho Internacional privado	"	Enrique S. Quintana.
Derecho Constitucional y Administrativo	"	Emilio Castro.
Economía política.....................	"	Francisco J. Oliver.
Finanzas.............................	"	Juan Carballido.
Filosofía del Derecho.................	"	Francisco Canale.
Derecho Internacional público.........	"	Eduardo L. Bidau.
Introducción al estudio del Derecho	"	Manuel A. Montes de Oca.

MESAS DE TESIS

PRIMERA

Presidente

Doctor BENJAMIN VICTORICA.

Vocales

Dr. Juan J. Montes de Oca.
" Lucio V. López.
" Luis Lagos García.
" Baldomero Llerena.

SEGUNDA

Presidente

Doctor BERNARDO DE IRIGOYEN.

Vocales

Dr. Amancio Alcorta.
" Wenceslao Escalante.
" Pascual Beracochea.
" Félix Martin y Herrera.

TERCERA

Presidente

Doctor LUIS SAENZ PEÑA.

Vocales

Dr. David de Tezanos Pinto.
" Norberto Piñero.
" Antonio Bermejo.
" Enrique Martinez.

Al Doctor AMANCIO ALCORTA

INTRODUCCIÓN

Séanos permitido, antes de entrar en materia, decir dos palabras sobre el método que seguimos en este trabajo.

Señalado el plan de la obra en el tema indicado por la Facultad, era forzoso ajustar aquélla á éste, so pena de extraviarse en futilidades y no entrar de lleno en la resolución de los diversos puntos que éste indica.

Es indudable que el método es parte muy importante de todo trabajo científico y es por eso que le dedicamos nuestra atención preferente, tratando de conciliar la diversidad de materias que debíamos estudiar en cierta unidad de forma.

Ante todo haremos notar que la unidad que debe existir en todo trabajo no debe buscarse, en absoluto, en éste. Y la razón es sencilla. Tratando el tema de diversos puntos aislados de nuestro Código Civil que no

tienen entre sí más conexión que la que resulta de pertenecer á una misma rama del derecho y basada esta obra sobre ese tema, no es extraño que tenga que seguirlo punto por punto, adoleciendo de sus incoherencias.

El tema de la Facultad no es otra cosa que una serie de problemas jurídicos, basados en la herencia forzosa de la mujer sobre los bienes del marido y que parecen á primera vista hacer peligrar en muchos casos la legítima del cónyuge. Estos problemas han sido formulados por el Dr. Cortés, que fué quien los planteó, combinando diversos títulos del Código que no tienen relación alguna entre sí. Es por eso que vemos entre los diferentes capítulos de este trabajo colocadas las donaciones al lado de la desheredación ó del matrimonio *in extremis,* y todo cobijado bajo el mismo título de *Derechos hereditarios de la mujer casada.*

Dada la diversidad de materias que debíamos estudiar no hemos vacilado en adoptar el método que seguimos, por creerlo el más racional y el más adecuado á la índole del trabajo.

Dos métodos pueden emplearse para tratar la resolución de estos problemas. Uno que consiste en separar completamente la legislación de la historia y otro que trata de conciliarlos.

El primer método presenta un grave inconveniente y es que siendo tan variadas las materias que deben estudiarse, la historia tendría que ser, ó deficiente por no poder abarcarlas todas y menos uniformarlas bajo un mismo capítulo, ó extensísima é inarmónica.

Es por eso que seguimos el segundo método y formamos de cada punto del sumario un capítulo especial independiente de los otros.

Considerando que la historia es un elemento indispensable para la interpretación de las leyes, hemos historiado cada institución jurídica que tratamos, pasando en seguida á interpretar los principios de nuestra legislación y á resolver los diversos problemas que ésta suscita, sin descuidar la jurisprudencia, y terminando cada capítulo con un estudio de legislación comparada americana, que tiene sin duda un gran interés para nosotros.

Las deficiencias de que adolece el trabajo que presentamos no solamente son debidas á su autor, sino también á la carencia de materiales que sobre el punto que estudiamos existe entre nosotros.

La parte histórica es seguramente la que más dificultades nos ha presentado, por existir casi completa obscuridad sobre muchas de sus épocas. Puede afirmarse, sin temor de ser desmentido, que fuera de la época

romana, que ha sido bien estudiada por existir sus fuentes, todas las demás nos son casi completamente desconocidas.

Los tiempos antiguos que parecían estar perfectamente estudiados, al menos en sus lineamientos generales, á juzgar por la uniformidad de opiniones entre los autores, vuelven á ser removidos por la pluma de eruditos escritores y arqueólogos, que pretenden encontrar en las escasas fuentes que de ellos conservamos, una organización social diametralmente opuesta á la que hasta hoy hemos tenido por verdadera.

Aisladamente, algunos autores rebatían con argumentos irrefutables las doctrinas generalmente aceptadas, y Bimbenet, en una serie de artículos publicados en la *Revue Critique de Législation,* generalizando esos principios é interpretando las fuentes, pretende formar una nueva escuela, que aunque todavía no se halla desarrollada, no por eso carece de partidarios.

El breve término de que disponemos nos ha impedido entrar en detalles sobre tan interesante asunto y es por eso que nos hemos visto obligados á seguir las teorías corrientes y que hasta hoy pasan por verdaderas.

Sin embargo nos parece inconsecuencia de los autores que han estudiado la antigüedad aceptar en muchos de esos pueblos organizaciones sociales desarrolladas á

tal punto que en poco difieren de las modernas; organizaciones políticas para muchos envidiables: la democracia de Esparta y las Repúblicas de Atenas y de Roma son verdaderas utopías dignas de una civilización futura para muchos escritores; la mecánica egipcia es aún un problema insoluble para nosotros; el arte griego y el latino nadie podrá negar que sean verdaderas fuentes de inspiración y de estudio aún en nuestros dias; las comedias de Aristófanes y de Tertuliano, la Iliada y la Odisea de Homero, las Églogas de Virgilio, las Odas de Horacio, todo nos demuestra la existencia de una organización psicológica idéntica á la nuestra. Sería ridículo afirmar que las pasiones y los vicios sean obra de la civilización moderna.

El hombre, como hombre, siempre ha existido, con las mismas pasiones, los mismos vicios, las mismas aspiraciones y los mismos ideales.

A pesar de esa verdad axiomática, todos los escritores se empeñan en hacernos creer, que en medio de todas esas analogías existentes entre la civilización antigua y la moderna, existe entre ellas un abismo, y ese abismo es la organización familiar.

A nuestro juicio nada más inexacto, si aceptamos tales teorías, es por la razón de que no existen otras desarrolladas en su extensión; pero en manera alguna

renunciamos al beneficio de inventario que debe existir en todo trabajo científico.

Que la organización antigua no sea idéntica á la moderna, es bien cierto; pero que sean opuestas eso es lo que dudamos.

Natura non datur saltus, dijo con gran razón Bacon, y nosotros aplicándolo á la organización familiar diremos: que las instituciones familiares se han ido desarrollando paulatinamente á través del tiempo; pero no que hayan nacido con el Cristianismo, como algunos suponen. Somos los primeros en reconocer que la obra de esa religión ha sido inmensa, inconcebible, como emanada de autoridad divina, pero no creemos que en nada se disminuya lo grandioso de su reforma suponiendo que su evolución ha consistido en perfeccionar las instituciones y no en hacerles cambiar de fundamento.

El amor como base de la familia tiene que haber existido desde la creación del hombre, porque la psicología humana ha sido y será siempre la misma en su esencia, sus modalidades variarán pero no aquélla.

Que el amor haya sufrido una evolución es casi seguro, y de la sensualidad al platonismo no creemos que se haya pasado en un día; pero tampoco creemos que el hombre haya experimentado en sus primeros tiempos

únicamente la sensualidad brutal; eso sería decir que primitivamente no hubo diferencia entre el hombre y la bestia, lo que es inexacto.

Más aún, las mismas fuentes en que basan los autores sus teorías, dicen otra cosa de lo que ellos deducen.

Una idea corriente y aceptada por todos, que también se halla consignada en nuestro trabajo, es que la esposa en la antigüedad era una verdadera esclava, que el sensualismo predominaba á tal punto que la virginidad de la esposa se pagaba á precio de oro por el marido, que la monogamia era desconocida, etc., y pretenden hacer remontar ese estado hasta cerca de la Edad Media.

No negaremos que las fuentes hablen de *pretium virginitatis*, de poligamia y de esclavitud; pero las mismas fuentes restringen el significado de tales términos y en otros textos dan á entender, que el amor, la fidelidad conyugal y el respeto por la esposa también existieron.

El carácter religioso que en todos los pueblos ha revestido el matrimonio es un indicio bien manifiesto del aspecto sagrado en que era considerado. Las formalidades que lo acompañaban demuestran que era un acto solemne y no un mero contrato real.

El concubinato era cosa muy distinta del matrimonio: la esposa era una, pudiendo ser varias las concubinas,

y las mismas fuentes romanas corroboran esta creencia: *concubina ab uxore solo dilectu separatur.*

¿Dónde está, pues, esa escandalosa poligamia en el sentido que hoy la interpretamos ?

Naturalmente que no existía una verdadera monogamia, puesto que el concubinato era permitido; pero es bien manifiesto que el amor y el rango de la esposa correspondía á una sola mujer, las otras puede decirse que respondían á exigencias del Estado, que requería brazos para su defensa y engrandecimiento.

El principio, pues, de la monogamia existía.

La degradación de la esposa en los tiempos antiguos que tanto se pregona es inverosímil, dada la claridad de los textos á ese respecto.

Los hebreos, los indios, los griegos, los romanos, los bárbaros, todos á nuestro juicio han visto en la esposa la compañera del hombre, su igual, un sér predilecto que le ayudará á llevar la pesada carga de la vida, compartiendo de sus goces y sus pesares.

Dios al criar la mujer de la carne de Adan les dijo, según el testimonio del libro del pueblo de Israel: «*Quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem et adhiberit uxori suæ, et sunt duo in carne una*». Serán dos en una misma carne. ¿Se quiere mayor igualdad?

La ley del Manú, dice: « que no hay para el hombre sino una sola condición perfecta: aquella en que se encuentran reunidos el esposo, la esposa y el hijo ». Hoy, con todo el adelanto de nuestra civilización, no explicamos de otro modo el matrimonio: el perfeccionamiento de ambos esposos.

En la hetaira griega, nos dice Grote, se encuentra la verdadera cuna del matrimonio moderno.

Los romanos al definir el matrimonio han dicho: *consortium omnis vitæ*. ¿ Se quiere mayor elevación de la mujer?

En el matrimonio romano se ve claramente la igualdad que existía entre ambos cónyuges, y basta para convencerse de ello, recordar las palabras sacramentales: *Ubi tu Caius, ego Caia.*

Los bárbaros respetaban y consultaban á la esposa como un sér superior, porque en efecto lo era, desde que entre ellos los estudios estaban en sus manos, así vemos que sus leyes sucesorias en muchas partes establecen que los libros son herencia de la mujer.

El mismo Gide reconoce el respeto tributado á la mujer entre los bárbaros, cuando dice: «fué en las forestas de la Germania donde nació ese espíritu caballeresco que elevó á la mujer y engrandeció al hombre».

Fué, pues, bien distinta la situación en que el Cris-

tianismo encontró á la mujer de la que pretenden la mayor parte de los autores.

Los principios que hoy rigen la familia, existían aunque embrionarios. El Cristianismo les dió forma y los purificó.

Indudablemente la elevación y el respeto que hoy ha alcanzado la mujer es obra del Cristianismo, que imprimiéndole al matrimonio el carácter de sacramento lo ha santificado, dando de esta manera una base santa y elevada á la familia; pero no digamos por eso que la mujer haya sido despreciada anteriormente.

La gran reforma del Cristianismo, como lo observa Monsabré, en su hermosa obra sobre el matrimonio, ha sido el haber purificado y elevado esa institución.

Simbolizado el matrimonio en la unión de Cristo con la Iglesia, se le suprimió el carácter material que hasta entonces más ó menos había revestido, dándole por el contrario un carácter eminentemente espiritual é indisoluble que rechaza de suyo toda desigualdad entre los cónyuges, desde que ante Dios todos somos iguales.

La religión de Cristo no es ni ha sido una religión de guerra sino de paz. Su emblema lo está demostrando: la cruz significa sacrificio y resignación.

Suponer que el Cristianismo ha subvertido todos los

principios es considerarlo de lucha, pues toda revolución requiere fuerza y combate.

Cristo hizo evolucionar los principios y las instituciones, pero en manera alguna provocó una revolución. Esto es evidente y nos basta observar que para expresar la evolución operada por el Cristianismo se dice — reforma del Cristianismo — es decir, cambio de forma pero no de esencia.

Con esto no negamos absolutamente que la obra de Cristo haya sido inmensa y que el cambio operado por Él no es posible de esfuerzo humano.

Nos hemos extendido algo sobre la parte histórica de nuestro trabajo á fin de hacer resaltar las dificultades con que se tropieza para su interpretación.

Los principios de nuestro Código Civil, y la solución de las dudas que originan ha sido también uno de los puntos que más dificultades nos ha presentado, debido en gran parte á la falta de comentarios que traten las cuestiones que estudiamos.

Hemos seguido para la interpretación del Código el método de Zachariæ, es decir interpretarlo por sí mismo.

De los distinguidos pero escasos comentadores que existen sobre los títulos que abarca nuestro estudio, hemos analizado y aprovechado en mucho sus doctri-

nas y las huellas que han abierto para la interpretación de nuestra ley.

Los doctores Llerena, Pizarro, Segovia y Etcheverry en sus estudiados comentarios sobre nuestro Código dan seguramente en muchos casos la llave para resolver algunas de las dificultades que presenta su interpretación.

La parte que dedicamos á la jurisprudencia quizás sea un poco extensa; pero dada la autoridad de los jurisconsultos que han dictado las sentencias que reproducimos, sería incomprehensible por nuestra parte no hacer constar sus opiniones, que tanto valor tienen para la interpretación de los principios de nuestro Código.

En cuanto á la legislación comparada nos hemos ocupado preferentemente de la Americana, por considerarla de gran interés para nosotros y por ser en general poco conocida.

CAPÍTULO I

DERECHOS HEREDITARIOS DE LA ESPOSA

I. Historia. *Persia, Asiria y Egipto*. Carácter de la legislación de estos pueblos. Su organización social. ¿Heredó la esposa en esos pueblos? *Hebreos*. Carácter de su legislación. Su unidad. Influencia de su religión monoteísta. La poligamia. Reglamentación de las sucesiones por Moisés. ¿La esposa fué heredera del marido? *India*. Leyes del Manú. Herencia de la esposa. *Grecia*. Su organización social. *Esparta*. Leyes de Licurgo. Epítades y sus leyes. En Esparta los cónyuges nunca se heredaron. *Atenas*. Leyes de Dracón. Leyes de Solón. La esposa no heredó en Atenas. Legados á la esposa. El matrimonio en Atenas. *Roma*. Tres épocas del del derecho romano. Epoca del derecho civil. Situación diversa de la esposa en esta época en el matrimonio. La *manus* origen de la herencia de la esposa. ¿Heredó el marido en esta época? Epoca pretoniana. La *bonorun possessio inde vir et uxor*. Ficciones. Diversos rangos que podía ocupar la mujer en la posesión hereditaria. Razón dada por las leyes romanas para no hacer heredera forzosa á la esposa. El divorcio hacía perder la *bonorum possessio*. Efectos del concubinato. Epoca del Bajo Imperio. Justiniano. Novela LIII: Cuarta marital. Novela CXVII: límite á la cuarta marital. Novela CVI de León el Filósofo. *Los Bárbaros*. Carácter de la época bárbara. Condición de la mujer. El *mundio*. El patrimonio entre los Bárbaros. ¿Heredó la esposa en este época? Influencia del cristianismo y de las leyes romanas en la legislación de las tribus bárbaras. La ley de los visigodos reconoce la *bonorum possessio*. Opinión de Pardessus sobre la sucesión en este período. La esposa en las tribus bárbaras. La *Edad media*. Opinión de Sumner-Maine sobre esta época. Situación de la mujer. Diferencias de clases y de leyes. Los Assises de Jerusalén. Disposiciones sobre la herencia de la esposa. Opiniones de Loysel, de

Pothier y de Michelet. *Legislación Española*. El Fuero Juzgo. Leyes de Partida. Novísima Recopilación. *Ley de 20 de Mayo de 1857* sancionada por la Legislatura de Buenos Aires. Sus disposiciones. Su discusión. — II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ¿Establece nuestro Código la herencia forzosa de la mujer sobre los bienes del marido? Solución. — III. JURISPRUDENCIA. Autos testamentarios de Don Diego Anderson. Incidente entre la esposa y los hijos sobre derecho de tanteo. Antecedentes. Sentencia del Juez de lo civil Doctor Angel S. Pizarro. Testamentaría de D. Antonio Nony. — IV. LEGISLACIÓN COMPARADA AMERICANA. Disposiciones sobre herederos forzosos contenidas en los Códigos de *Chile*, del *Uruguay*, de *Venezuela*, del *Paraguay*, del *Brasil*, del *Perú*, de *Bolivia*, del *Salvador* y de *Méjico*.— V. LEGISLACIÓN COMPARADA EUROPEA. Disposiciones de la legislaciones de *Francia*, *España*, *Alemania*, *Italia*, *Bélgica* y *Rusia*.

I

Antes de estudiar los principios de nuestro derecho positivo, sobre la herencia de la mujer casada, examinaremos suscintamente las legislaciones antiguas y modernas, para darnos cuenta exacta de la evolución que ha sufrido el derecho sucesorio de la mujer á través del tiempo y poder apreciar conscientemente la bondad de la tendencia jurídica moderna en esta materia.

Si bien es cierto que los grandes sucesos han marcado con huellas indelebles su pasaje por la historia, si también lo es que los caracteres de toda una época se encuentran siempre reflejados en ella, y conservados ya por la escritura ó por la tradición, no lo es menos que

cuando se desciende al análisis detallado, cuando se trata de encontrar, no ya el carácter de la época, sino el de una institución, cuando se busca en sus páginas no ya un gran suceso sino un detalle de la evolución social, parece que aquellas se hubiesen borrado, que esas grandes huellas hubieran sido destruidas por obra del tiempo, quedando apenas débiles rasgos, como para indicar su pasada existencia. Eso es lo que sucede con las antiguas legislaciones de los pueblos del Oriente, apenas conocida la organización familiar que en ellos imperaba, muy poco se sabe de los principios jurídicos que regían aquellas sociedades.

Estudios recientemente hechos por eruditos arqueólogos en los monumentos egipcios, empiezan á revelarnos los misterios de esa hermosa civilización que tanta influencia ha tenido en las instituciones modernas (1).

La Persia, la Asiria y el Egipto se puede decir que nos son completamente desconocidos en cuanto á instituciones jurídicas; sabemos únicamente que el derecho en esos pueblos revestía un carácter eminentemente religioso, que en sus Códigos se confundían la moral, la teología, el derecho público y el privado, que la familia, en el sentido que hoy la consideramos, propiamente

(1) LAURENT, *Historia de la Humanidad*, traducción de Lizárraga, página 279 y siguientes, tomo I; MASPERO, *Histoire Ancienne*, libro I.

no existía, que el Estado con su carácter teocrático todo lo absorbía.

El matrimonio era considerado como una obligación impuesta por el Estado, y la poligamia el régimen imperante (1).

La mujer era esclava del marido (2) y la fidelidad prestada por los cónyuges consistía únicamente en no abandonarse (3). Con semejantes bases se puede decir que no existía la familia y que los cónyuges al contraer matrimonio no eran impulsados por sentimientos elevados, sino más bien por un deber, el de concurrir al aumento de la población que exigía el Estado á cada ciudadano (4).

Son pues dos razones las que nos inducen á creer que el derecho sucesorio de los cónyuges no existía ni entre los Egipcios, ni entre los Asirios, ni entre los Persas: la primera, de la condición de la mujer, asimilada á una esclava, nada propio tenía ni podía recibir; y la segunda, la base dada al matrimonio; no existiendo afección entre los cónyuges falta el motivo de la sucesión.

(1) Gide, *Etude de la condition privée de la femme*, páginas 37 á 39.

(2) Boissonade, *Droits de l'époux survivant*, página 13.

(3) Gide, *op. cit.*, página 39.

(4) Máximo Duncker, *Historia de la Antigüedad*, tomo I, página 229, traducción de García Moreno.

Seguramente que la legislación más estudiada de Oriente es la *hebráica*, y á pesar de eso, muy pocos son los conocimientos exactos que de ella poseemos; congeturas más ó menos fundadas han sido el fruto de los serios estudios hechos por distinguidos escritores en sus libros sagrados.

Presenta la legislación hebrea un carácter especial, distinta en muchos puntos de la de los demás pueblos del Oriente, su dulzura, la elevación relativa de la mujer, la organización de la familia, la unidad de su legislación (1), todo en ella revela algo superior, y esa superioridad no es otra cosa que el reflejo de su religión monoteista. Como elegantemente dice Gide (2), en las palabras proféticas ya se ve brillar la aurora de las verdades cristianas.

Entre el esposo, el hijo y la esposa existía un vínculo de unidad, que dejaba vislumbrar cierta cohesión y que era el cimiento de la organización de la familia, este vínculo común era el amor á Dios (3). Por ese amor fué elevada la mujer á un nivel superior del que ocupa en los demás pueblos orientales, las penas atroces contra el adulterio son una prueba de ello.

(1) Laurent, *op. cit.*, página 368 y siguiente y 364, tomo I.
(2) *Op. cit.*, página 55.
(3) Gide, *op. cit.*, página 54.

La poligamia es cierto que existió entre los judíos, Cristo mismo nos lo ha hecho saber al decir: Moisés os ha permitido la poligamia á causa de la dureza de vuestros corazones (1), pero era una poligamia especial; la esposa era una sola, siendo las demás concubinas. El marido, á pesar de comprar su mujer como en los demás pueblos orientales por un precio determinado, *pretium virginitatis*, la eleva á su rango por el matrimonio (2), pero á pesar de esa elevación no podemos decir que exista en los primeros tiempos de Israel la sucesión entre cónyuges.

Moisés al reglamentar los derechos sucesorios (3) de su pueblo excluye por completo á los esposos, y recién en la época rabínica encontramos en embrión este derecho hereditario (4).

La viuda, según Gide (5), pasa con la herencia á los herederos del marido, generalmente á los hermanos; para poder recogerla deben contraer matrimonio con aquélla.

No debe extrañarnos que la esposa no herede entre los hebreos, pues ese derecho era exclusivo del varón, ni las hijas eran llamadas á recoger la herencia.

(1) MATEO, XIX, 8.
(2) GIDE, *op. cit.*, página 45.
(3) *Números*, XXVII, 8, 11.
(4) BOISSONADE, *op. cit.*, páginas 18 y 19.
(5) § 7, *op. cit.*

Entre los *Indios* encontramos casi los mismos caracteres en sus instituciones que en los demás pueblos del Oriente. Sin embargo la mujer es quizá más considerada que en los otros pueblos de la misma civilización (1). Las leyes del Manú (2) habían dicho : « la mujer forma una sola persona con su esposo », y esta idea si bien no la hizo considerar nunca como igual á los hijos, tal vez por no poder efectuar los sacrificios, la colocó en mejor situación que á las hijas. Las hijas según dice Gide (3) pasaban como herencia á los parientes del marido.

Esta legislación, tal vez por su posterioridad á la hebrea y á las otras orientales, establecía derechos sucesorios para la mujer más amplios, así vemos establecido en el *Mitakshara* (4) que la mujer hereda con los hijos recibiendo una parte viril, si en vida no recibió donaciones de su esposo, y sólo la mitad en caso contrario. Si en el matrimonio no existen hijos la mujer hereda en el todo (5) excluyendo á las hijas. Esta exclusión la explica Boissonade por el espíritu religioso de aquel pueblo : los hijos varones, según su número, no sólo

(1) LAURENT, *op. cit.*, página 195 y siguientes, tomo I.
(2) MANÚ, IX, 45.
(3) *Op. cit.* página 72.
(4) I, VIII, 1-2; COLEBROOKE, tomo II, § 83.
(5) MITAKSHARA, II, 1, 5, 6.

salvaban á sus padres del infierno, sino que podían hacerles obtener el cielo, las hijas no contaban á ese efecto (1); era ésta la razón por la cual se excluian de la herencia.

Por otra parte, los sacrificios, que tanta importancia tenían entre los antiguos, no podían ser hechos sino por los varones, y como dice muy bien Foustel de Coulanges (2), en la India como en los demás pueblos del Oriente, la base de la herencia son los sacrificios.

Si la esposa muere sus bienes pasan á sus hijas, é hijos de éstas; á falta de hijas pasan á los hijos, y en ausencia de cualquiera de éstos hereda el marido (3).

Los dos grandes centros de la civilización *griega* fueron Atenas y Esparta.

En Grecia como en todos los pueblos antiguos impera el despotismo absoluto del Estado, con la diferencia de que el déspota, en lugar de ser un soberano ó príncipe, como sucede en los otros pueblos del oriente, era el pueblo mismo.

En estas condiciones tenemos que encontrar colocada á la mujer á la misma altura social y jurídica que la hemos visto en la reseña de los pueblos anteriormente

(1) Manú, IX, 137.
(2) *La ciudad antigua,* página 79.
(3) Colebrooke, *op. cit.,* páginas 461, 485 y siguientes.

estudiados. La mujer degradada por el sistema social, carecía, según la expresión de Aristóteles, de capacidad jurídica, á tal punto que las hijas á la muerte del padre pasaban con la herencia á sus herederos (1).

Atenas y Esparta presentan algunas diferencias en cuanto al derecho de sucesión.

La dureza de las leyes de Licurgo formaron del pueblo espartano un pueblo fuerte; pero impidieron que la dulzura y la moralidad se introdujeran en sus costumbres.

El Estado es todo en Esparta: él educa los hijos, él impone como una obligación el matrimonio, permitiendo que sus jóvenes robaran por astucia ó por violencia á sus esposas, sin conocerlas, desconociendo de esta manera la base de la familia.

La propiedad era del Estado, no existía propiamente patrimonio y sin éste no puede haber herencia. Unicamente los hijos, en casos determinados, heredaban, pero de una manera muy reducida. Tenemos que llegar á la época de Epítades para encontrar una ley que permita testar y donar entre vivos, ley restringida que no trata de las sucesiones. Podemos, pues, afirmar con Pastoret (2) que en Esparta los cónyuges nunca se heredaron *ab intestato*.

(1) Gide, *op. cit.*, página 72.
(2) *Histoire de la législation*, tomo V, página 498.

En Atenas las leyes de Dracón fueron muy semejantes á las de Licurgo en Esparta; la dureza de sus disposiciones y el despotismo del Estado que establecen, impiden que existan derechos sucesorios entre cónyuges.

Las leyes de Solón vinieron á suavizar las Draconianas permitiendo testar (1). Sin embargo esta disposición en nada favoreció el derecho sucesorio de los cónyuges, pues sólo era permitida la institución testamentaria de los hijos y adoptados no pudiendo en ningún caso ser la mujer. El marido podía únicamente hacer legados á su mujer, siendo ese derecho casi ilimitado, mostrándonos la historia ejemplos de legados enormes hechos por el esposo á la esposa (2). En los primeros tiempos de Atenas, el matrimonio era monógamo estableciéndose de esta manera la igualdad entre los cónyuges, pasando en consecuencia la herencia del marido á falta de hijos á la familia de la mujer, bajo cuya potestad quedaba aquella á la muerte del esposo. La degradación sucesiva de las costumbres hizo perder esta práctica, quedando la esposa en situación precaria por la falta de derechos que las leyes le acordaran (3).

(1) G. Grote, *Histoire de la Grèce*, traducción de Sadous, tomo IV, página 138 y siguientes.

(2) Boissonade, *op. cit.*, capítulo III; Pastoret, tomo IV, capítulo IX.

(3) Gide, *op. cit.*, páginas 82 y 83.

En Grecia, pues, la herencia entre cónyuges no existió y su legislación sobre esta materia no es más sabia que la de los otros pueblos que acabamos de estudiar.

Es necesario llegar á *Roma*, el pueblo de las leyes, para encontrar propiamente las bases de un sistema sucesorio verdaderamente jurídico, que si tiene sus defectos é inconvenientes, son los de la época en que se desarrolló.

Para estudiar la historia de la sucesión de la esposa en el Derecho Romano la dividiremos siguiendo á Boissonade (1) en tres épocas: la del derecho civil, la del derecho pretoriano y la del Bajo Imperio.

En la época del derecho civil la mujer casada podía encontrarse en dos situaciones diferentes: ó estaba sometida á la potestad de su marido ó era libre; en el primer caso se decía que estaba *in manu mariti*, llamándosele *mater familias*, como dice Aulo Gelio, *mater familias ea sola est quae in manu mariti est;* en el segundo, la mujer era *sui juris* y se llamaba *uxor* ó *matrona*.

La *manus* era un poder parecido á la patria potestad que ejercía el marido sobre su mujer y por el cual ésta venía á equipararse á los hijos *(filiae loco constituta)*.

La *manus* se adquiría de tres maneras, por *confar-*

(1) *Opus cit.*

reatio, por *coemptio* ó por *usu,* ya fuera haciendo un sacrificio ante diez testigos en que se servía una torta (*farreus panis*), ó vendiéndose ficticiamente la mujer con autorización de sus padres ó tutores (*mancipatio*), ó habitando un año con su marido después del matrimonio (1).

Adquirida la *manus* por alguno de estos modos, la mujer venía á ocupar en la familia el lugar de un hijo, y es justamente de esta extraña ficción de donde nacen sus derechos hereditarios. Considerada la mujer como hijo por su esposo y por la ley, era natural que se le acordaran los mismos derechos que á aquellos. Muerto el esposo la esposa concurría á la sucesión junto con los hijos, heredando una porción viril.

Siendo la esposa *heres sua et necesaria* del marido, era forzoso que si aquél hacía testamento la instituyese ó la desheredase. Sin embargo su omisión no causaba como en las demás cosas la nulidad del testamento, el efecto que producía era el de acordarle un *jus accrescendi*, á fin de subsanar la omisión. Pero si el marido hacía testamento y luego se casaba adquiriendo *la manus* sobre su mujer, el matrimonio anulaba por completo el testamento, producía exactamente el mismo efecto de la *agnatio postumae filiae*.

(1) NAMUR, *Cours de Droit Romain,* tomo I, página 83.

La mujer librada de la *manus* por emancipación debía ser también instituida ó desheredada y en caso de omisión el pretor le acordaba la *possessio contra tabulas*.

En caso de desheredación sin causa legítima se le acordaba como á los hijos la *querella inofficiosi testamenti*.

A falta de testamento la mujer *in manu* sucedía *ab intestato* como si fuera un hijo concurriendo á la herencia junto con los hijos, y tomando una parte igual á la de cada uno de aquellos.

Si concurría sola á la sucesión de su esposo recogía toda la herencia, excluyendo á los cognados y agnados por ser considerada *filiæ loco,* y en consecuencia *heres sua*.

Eran estos los principios que regían la sucesión de la esposa existiendo *la manus* y eran también los primeros pasos dados en el derecho sucesorio por los romanos.

Esta forma de sucesión fué muy frecuente en Roma bajo la República, pues la *manus* se puede decir que fué inseparable del matrimonio, no así en el Bajo Imperio, en que la *manus* desapareció y fué sustituida por el matrimonio libre.

Este derecho hereditario que acabamos de estudiar

era verdaderamente exorbitante para la época y puede oponerse á aquel que establecieron las leyes en los casos de matrimonio libre.

El matrimonio libre, que estuvo en uso al fin de la república y fué exclusivo bajo el Imperio, era aquel en que el marido carecía de la *manus*, ya porque así se había contraído el matrimonio, ya porque la mujer se hubiera librado de ella, por alguno de los medios establecidos por la ley, es decir, por *diffarreatio* si el matrimonio había sido contraído *conffarreatione* (celebrando un nuevo sacrificio) (1); por *emancipatio,* si había sido celebrado *coemptione* (emancipación análoga á la del hijo de familia), y por ausencia durante tres noches de la casa del marido *(si trinoctio abesset)* si había sido adquirido *usu* (2).

La mujer en el matrimonio libre tomaba el nombre de *uxor* ó *matrona* y no tenía consagrado por la ley derecho alguno sucesorio sobre los bienes del marido.

La situación de la mujer, como se ve, en semejante caso era injusta, y sin embargo este fué el sistema en uso durante el Imperio. La avaricia de los maridos que recibían dote para celebrar esta clase de matrimonios hizo desaparecer por completo *la manus*.

(1) Maynz sostiene que el matrimonio celebrado *conffarreatione* era indisoluble.

(2) NAMUR, *Cours de Droit Romain,* página 84, tomo I.

En cuanto al marido nunca heredó á la mujer, pues ésta, ó era libre ó estaba *in manu;* en el primer caso no existía el vínculo que forma la base de la sucesión y en el segundo nada tenía y por tanto nada podía dejar á su muerte (1).

En la época del derecho pretoriano imperaba casi en absoluto el matrimonio libre que, como hemos visto, no acordaba derechos sucesorios á ninguno de los cónyuges, el pretor llenando su misión de ampliar y corregir el derecho civil consiguió por medio de ficciones establecer la sucesión entre cónyuges, llenando así la laguna existente en el derecho civil (2) y esto lo hizo por medio de la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Por la *bonorum possessio* el pretor llamaba á la sucesión, no habiendo testamento, á parientes del difunto que de otro modo no heredarían (3); así por la *bonorum possessio unde liberi* llamaba á recoger la herencia á los hijos emancipados, por la *unde cognati* llamaba á

(1) BOISSONADE, *op. cit.*, capítulo IV.

(2) NIEBURH, *Römische Geschichte*, tomo II, página 173 y siguientes (traducción de Golbery), sostiene que por la *bonorum possessio* nunca fueron llamados á la sucesión parientes que de otro modo no heredaran, sino dar la posesión de ciertos bienes á los herederos.

Sea cual fuere su objeto, ella existió y por ella se permitió al cónyuge heredar, lo que antes no podía.

(3) R. VON YHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, traducida por Meleaure, tomo III, páginas 150 y siguientes; F. SERAFINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, páginas 176 y siguiente.

los parientes naturales, y por la *bonorum possessio unde vir et uxor* llamó á los cónyuges. Esta posesión era casi siempre la última, debiendo distinguirse si el difunto era ingenuo ó liberto (1).

Si el *de cujus* había sido *sui juris* sin emancipación ó emancipado con cláusula de fiducia, la posesión de los esposos se colocaba en cuarto rango á saber: *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor*.

Si el *de cujus* había sido emancipado sin fiducia, es decir, teniendo un *manumissor extraneus,* la posesión de los cónyuges ocupaba el quinto rango en este orden: *unde liberi, unde decem persona, unde legitimi (manumissor), unde cognati, unde vir et uxor*.

Se ve, pues, cómo por medio de ingeniosas ficciones llegó el pretor á acordar un derecho de sucesión *ab intestato* á los cónyuges (2).

La razón que dan las leyes romanas para no hacer heredero forzoso al cónyuge, es que estableciendo las leyes el testamento, puede el esposo si tiene afección por su esposa instituirla y que el hecho de no mencionarla en sus últimas disposiciones presupone la falta de afección. Esto nos indica que los romanos se habían

(1) L. Arudts, *Trattato delle Pandette*, traducción de Serafini, tomo III, páginas 123 y 144.

(2) Serafini, *óp. cit.* página 195 y siguientes, tomo II.

dado cuenta exacta del fundamento del derecho sucesorio al establecer la afección como su base.

El divorcio, por la misma razón, impedía la *bonorum possessio unde vir et uxor*; y el concubinato no la daba tampoco, por no existir en él el *consertium omnis vitæ*.

Cerrando á esta época é iniciando la del Bajo Imperio, se dictó una constitución por Teodosio II, inserta en el Código Teodosiano, relegando á último rango, al reglamentar las sucesiones intestadas, el derecho hereditario de los cónyuges.

Justiniano en sus Institutas se preocupó de hacer desaparecer las distinciones hasta entonces existentes, entre las diversas clases de sucesiones, y estableció idénticas reglas para todas ellas. Tratando de favorecer á la esposa suprimió de la *bonorum possessio*, al *manumissor* y las *decem personæ*, viniendo así á ocupar la esposa el cuarto rango siempre.

Por la novela LIII, capítulo VI, estableció que la esposa que no hubiera recibido en vida donación de su esposo y quedara pobre á su muerte, heredaría la cuarta parte de los bienes del marido si era rico, en concurrencia con los hijos. *Ut moriens locuples inveniatur, supertes autem pauper existat*, dice el texto. Esta disposición era aplicable á ambos cónyuges.

Por la novela CXVII, capítulo V, se fijó en cien libras de oro el máximum á que podía alcanzar en todos los casos la herencia de la cuarta parte de los bienes que establecía la novela LIII, estableciendo además que si concurrían á la sucesión junto con el cónyuge más de tres hijos, aquél sólo tendría el usufructo de una parte igual á la de cada hijo y permitiendo únicamente á la viuda usar este derecho.

Este fué el derecho hereditario *ab intestato* de los cónyuges establecido por Justiniano que se encuentra refundido en la novela CXVIII.

Después de Justiniano, León el filósofo, restableció en su novela CVI en favor del cónyuge pobre, la propiedad de una parte igual á la de cada hijo, si sólo concurrían á la sucesión tres hijos, y de una cuarta parte si el número de hijos era mayor.

No puede decirse que en este estado del derecho romano existiera legítima de cónyuges, pues las disposiciones anteriormente citadas podían ser alteradas por testamento (1).

Caído el Imperio Romano al empuje de las invasiones *Bárbaras*, vemos á las instituciones todas pasar por una época de evolución ó mejor dicho de revolu-

(1) BOISSONADE, *op. cit.*, capítulo IV, libro I.

ción, que termina con la anarquía y el caos de la Edad Media.

Los *Bárbaros* ofrecen un carácter rarísimo en sus conquistas,—vencedores no imponen su ley,—y las costumbres y leyes del vencido se van poco á poco refundiendo en las suyas propias.

Durante la invasión y dominación de los *Bárbaros* hubo tantas leyes aplicables en un mismo territorio cuantas eran las nacionalidades de los individuos que lo habitaban.

Y así, no podemos decir que exista una legislación propia y general que caracterice esa época. Sin embargo, una tendencia nueva introducida por ellos mismos—el individualismo—fué modificando insensiblemente el derecho hasta transformarlo completamente.

Para estudiar los derechos sucesorios entre cónyuges en esta época, hay que distinguir el estado de su civilización antes y despues de la invasión.

La mujer entre los *Bárbaros* ocupaba el último lugar en la familia.

No existiendo un poder fuerte en el Estado que los protegiera, ellos mismos tenían que hacerse justicia por medio del combate privado, que tenía lugar generalmente entre una familia y otra. En tal situación se podía decir que la familia, á los efectos jurídicos y exte-

riores, se componía únicamente de los varones capaces de tomar las armas (1).

Las mujeres por ser incapaces de tomar las armas se hallaban sometidas á *la tutela* opresiva de la familia, especie de *manus,* que era ejercida no como en Roma por el jefe, sino por todos los varones, tomando el nombre de *mund* ó *hand (mano)* (2).

El patrimonio era propiedad de la familia en el sentido estrecho que ellos la interpretaban, y por tanto se excluía de él á la mujer que si podía heredar, según la opinión de Gide (3), á sus parientes, no era probable que heredara al esposo, al menos á juzgar por las pocas leyes sobre sucesión que nos han transmitido (4).

Conquistado el imperio Romano por los *Bárbaros* y suavizadas sus costumbres por el cristianismo, las leyes del vencido se impusieron, operando una marcada evolución en el Derecho germánico.

Una ley de los visigodos imbuída en las ideas romanas aplicó á aquel pueblo el principio de la sucesión pretoriana *unde vir et uxor*, haciendo herederos *ab intestato* á los cónyuges á falta de parientes dentro del séptimo grado (5).

(1) Gide, *op. cit.*, libro II, capítulo III.
(2) Gide, *eodem loco.*
(3) *Op. cit.,* página 205.
(4) Boissonade, *op. cit.,* página 155.
(5) Boissonade, *op. cit.,* página 156.

Otra ley Bárbara da la sucesión al fisco á la muerte de ambos esposos si no existen parientes dentro del séptimo grado. Como hace notar Boissonade (1), el hecho de suponer la ley la muerte de ambos esposos para que pase la sucesión al fisco hace creer que si alguno de ellos sobrevive heredará, no existiendo otros parientes sucesibles.

Según la autorizada opinión de Pardessus (2) las sucesiones en esta época se deferían de la siguiente manera: los bienes que formaban la herencia se dividían en dos clases, una de ellas comprendía los muebles y las adquisiciones, y la otra los bienes propios en que se incluía la *terra sálica*, es decir la tierra que circundaba la casa solariega de la familia.

A la primera categoría de bienes concurrían á heredar los hijos y las hijas; á la segunda solamente los hijos varones.

Parece, pues, que el cónyuge no heredaba en ningún caso y nos inclinamos á sostener esta opinión no sólo por la ausencia de testos respecto á dicha sucesión, sino también por razón de equidad, pues la esposa á la muerte del marido según nos enseña Pardessus (3) tenía de-

(1) *Droits de l'époux survivant*, página 156.
(2) *Loi Salique*, página 717.
(3) *Op. cit.*, página 684.

recho á recuperar su dote y la *morgengabe,* ó sea, la donación que el marido le hubiera hecho al dia siguiente de celebrado el matrimonio.

Considerada la situación familiar y social de la mujer en esta época, no podemos menos de convenir que era bastante indulgente la ley al acordarle ese derecho y que habría parecido abusivo reconocerle además derechos sucesorios en concurrencia con los hijos.

Montesquieu (1) se expresa en igual sentido.

Haremos notar con Gide (2) antes de cerrar esta época el carácter raro que presentaba la esposa entre los Bárbaros; ya deprimida, por no formar parte propiamente de la familia militarizada que entre ellos imperaba, ya respetada y venerada, al extremo, según nos dice Tácito, que la poligamia no fué conocida y la fidelidad fué la base del matrimonio, castigándose el adulterio con penas atroces, además del divorcio y la composición.

Durante la época de anarquía que diseña los principios de la historia moderna, dice Sumner-Maine (3):

«Cuando las leyes de los invasores germanos y eslavos

(1) *L'esprit des lois,* página 331.

(2) *Op. cit.*, libro II, capítulo III.

(3) *L'Ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, traducción de la 4ª edición inglesa por Courcelle-Seneuil, página 148.

permanecieron como una capa superpuesta al derecho romano de sus súbditos provinciales, las mujeres de las razas dominantes se encontraban bajo diversas formas de tutela primitiva, y aquel que elegía esposa fuera de su familia, debía pagar una suma de dinero á fin de que sus parientes le cedieran la tutela. En una época más próxima, cuando el código de la *edad media* se formó por la amalgama de los dos sistemas, la parte del derecho que regló el estado de las mujeres, llevó los rasgos de su doble orígen. El derecho romano triunfó respecto á las solteras y á las viudas que quedaron en cierta libertad, por la supresión de la tutela; pero el principio del derecho bárbaro primitivo fijó la posición de la mujer casada, y el hombre tomó, en su calidad de esposo, los derechos y poderes que antiguamente correspondían á los parientes varones de la mujer.»

El párrafo que precede nos hace ver claramente que la situación de la mujer, durante la edad media, no fué mucho más liberal de lo que había sido en tiempos anteriores.

En esta época de formación, todo es obscuro, la unidad y solidez de la legislación romana se pierde con la fusión de los elementos bárbaros; y así vemos crearse en este período, un derecho especial para la nobleza, otro para el siervo, otro para el villano. En semejante caos

jurídico, es imposible determinar con exactitud los derechos sucesorios de la esposa, distinguiendo las disposiciones aplicables á cada clase.

Un solo texto, dice Boissonade (1), nos ha quedado al respecto, contenido en los *Assises de Jerusalem*, y no podemos decir que fuera de aplicación general.

Ese texto dice: *Nuls home n'est si dreit heir au mort come est sa feme (et legitime) espouze*.

El autor citado se inclina á creer que esa ley no era aplicada sino en los páises ocupados por los cruzados y en favor de sus mujeres, que con ellos compartían el peligro.

Ni las costumbres, ni los estatutos de aquella época, nos dan mayores luces al respecto.

Parece, sin embargo, presumible que el cónyuge heredase *ab intestato* á falta de parientes sucesibles, aunque Loysel opina que en ese caso la herencia pasaría al señor feudal.

Pothier se inclina á creer que, en los últimos años del feudalismo, estuvo en vigencia el edicto *unde vir et uxor* (2).

(1) *Op. cit.*, páginas 194 y 195.

(2) Según la autorizada opinión de Michelet (*Origines du Droit Français*, página 23) la exclusión de la herencia ó al menos de la tierra sálica, con que es herida la mujer por las leyes bárbaras, se mantiene durante la edad media, no pudiendo pretender derecho alguno sobre los bienes de la herencia.

Estas suposiciones pueden ser más ó menos fundadas, pero de ningún modo establecen certidumbre.

Hecha la fusión de los elementos dispersos y separados durante la edad media, en la época que la historia conoce con el nombre de *moderna*, se reconstituyen las diversas nacionalidades que, de acuerdo con su origen y tradiciones, empezaron á regirse, ya por el derecho romano, ya por el canónico ó por el bárbaro, con las modificaciones, no muy marcadas, que las nuevas costumbres y necesidades exigían.

No nos detendremos en el estudio de esta época, porque en el estudio de las legislaciones modernas encontramos sus rasgos distintivos bien marcados.

Por otra parte, creemos que la historia debe ser incidental en nuestro trabajo, y si nos extendemos en algunas de sus épocas es por la importancia que tienen para apreciar la evolución de la institución jurídica que estudiamos.

El estudio que como fuente de nuestra legislación debemos hacer de las leyes españolas de esa época nos bastará para formar juicio.

Las leyes romanas puede decirse que fueron el primitivo derecho *español*. Suavizados un poco por sus costumbres, la legislación sobre derecho hereditario de los cónyuges pasó al Fuero Juzgo casi íntegra.

La ley II, título IV, libro IV, del Fuero Juzgo dice: «el marido debe haber la buena de la muier é la muier debe haber la buena del marido, quando no hay otro pariente fasta séptimo grado».

En el mismo libro se ordena que la madre viuda perciba una parte igual á cada uno de los hijos; pero sólo en usufructo, no pudiendo enajenarla.

Por las leyes de Partida siendo legítimo el matrimonio se acuerda un derecho sucesorio entre cónyuges que está expresado en la Partida VI (1). «E si tal pariente non fuese fallado, e el muerto avia mujer legitima, cuando fino heredara ella, todos los bienes de su marido, eso mismo decimos del marido que heredara los bienes de su mujer en tal caso como ese».

Por otra ley de Partidas (2) se conceden derechos sucesorios á la viuda pobre é indotada. «Pajanse los omes a las vegadas de algunas mujeres de manera, que casan con ellas sin dote, magüer sean pobres, por ende ghisada cosa é derecha, es pues que las aman, é las honran en su vida, que non finquen desamparados á su muerte. E por esa razon tuvieron a bien los sabios antiguos, que si el marido no dejase á tal mujer en que pudiese bien é honestamente vivir sin en ella lo oviese

(1) Ley 6, título XIII.
(2) Título XIII, partida VI, ley 7.

de lo suyo que pueda heredar hasta la cuarta parte de los bienes de él, magüer haya fijos, pero esa cuarta parte non debe montar mas de 100 libras de oro cuanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal mujer como esa oviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon de la cuarta parte».

Una ley de la Novísima Recopilación (1) dispuso: «que todo hombre ó mujer que finare y no hiciere testamento en que establezca heredero y no hubiere heredero de los que suben ó descienden de línea derecha ó de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara».

Esta ley, por lo vaga, opinan los autores (2) que debe ser complementada con la ley 6, título XIII, Partida VI citada.

Las leyes citadas estuvieron en vigencia entre nosotros hasta el 20 de Mayo de 1857 en que la legislatura del Estado de Buenos Aires dictó una ley sobre herencia de cónyuges, que decía:

« Art. 1°. En las sucesiones intestadas no habiendo herederos forzosos, la mujer legítima heredará al marido y éste á aquella con exclusión de todo colateral.

(1) Ley 1ª, título XXII, libro X.

(2) Gutierrez Fernandez, tomo 3, página 637.

« Art. 2°. Pero si tuviese lugar separación judicial y durante la cual falleciere alguno de los cónyuges, el causante de aquella perderá el derecho que esta ley le acuerda. »

El diputado R. García, que tomó parte en la discusión de esta ley, quiso hacerla extensiva á los hijos naturales, pues no creía que debía preferirse el cónyuge á aquéllos; sin embargo tal reforma no se sancionó (1).

II

Nuestro Código Civil, apartándose de los principios sentados por la mayor parte de las legislaciones modernas, ha establecido á nuestro juicio, una teoría hermosa, que si bien no es la seguida por los códigos europeos, tiene sus ardientes partidarios tanto en la doctrina como en la legislación.

Elevar á la mujer al rango de *heredera forzosa* del marido es no sólo seguir los principios dictados por la razón y las leyes naturales, sino también darle una base

(1) Véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de Buenos Aires*, año 1857.

sólida á la familia, estrechando los vínculos de solidaridad que deben unirlos.

La herencia forzosa de la mujer en los bienes del marido redunda por otra parte en beneficio de los hijos, pues está en el propio interés de la mujer administrar prolijamente el patrimonio de la herencia, de que ella misma es condómina.

No cabe duda que el legislador ha querido establecer como doctrina en este punto la herencia forzosa de la mujer sobre los bienes del marido y es eso lo que vamos á tratar de demostrar en el presente capítulo.

Lo que caracteriza al heredero forzoso es el hecho de acordarles la ley un derecho de sucesión limitado á determinada porción de la herencia (1) de la que no puede privarlo el testador en ningún caso sino por las causas que especialmente determina la ley (2). Esta porción de la herencia que debe ser respetada por el testador se llama *legítima* (3), y basta, como hemos dicho, que la ley acuerde legítimo á un heredero, para que sea *forzoso*. Ahora bien, el Código se ocupa de la sucesión de los cónyuges al tratar de las sucesiones intestadas, estableciendo la manera de dividirse la herencia (4)

(1) Artículos 3591 y 3714.
(2) Artículo 3744.
(3) Artículo 3591.
(4) Artículos 3570 y siguientes.

en los diversos casos en que el cónyuge puede concurrir, ya sea solo ó acompañado de ascendientes ó descendientes legítimos ó naturales; estableciendo que tendrán una parte igual á la de cada uno de los hijos legítimos cuando concurra con estos á repartir la herencia (1); en el caso de presentarse en concurrencia con ascendientes dividirán la herencia por mitad, tomando una parte el cónyuge y la otra los ascendientes, cualquiera que sea su número, salvando como es lógico los derechos de los hijos naturales, si existieran, desde que también son herederos forzozos (2). Si el cónyuge se presenta solo á recoger la herencia, toda ella le será deferida, con exclusión de los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales (3).

Se vé, pues, que uno de los cónyuges concurre siempre á la sucesión del otro, sin tener en cuenta la clase de herederos que aquél haya dejado. Aún en el caso que existan descendientes legítimos hemos visto que la ley reserva al cónyuge sobreviviente un derecho de sucesión equitativo, permitiéndole recoger una parte igual á la de los hijos legítimos. Este es seguramente el caso extremo y aquel en que la mayor parte de las legislacio-

(1) Artículo 3570.
(2) Artículo 3571.
(3) Artículo 3572.

nes niegan derechos sucesorios al cónyuge y sin embargo nuestra ley es expresa á este respecto, lo que es un verdadero progreso. Si puede heredar en concurrencia con los hijos, puede hacerlo en todo otro caso, como lo hemos visto, y ante semejantes disposiciones, ¿podríamos negar el carácter de heredero forzoso de uno de los cónyuges sobre los bienes del otro?

El Código trata en uno de sus títulos (1) del libro IV de la porción legítima de los herederos forzosos estableciendo (2) que tienen una porción legítima los ascendientes, descendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente y los padres é hijos naturales (3).

En el curso de sus disposiciones determina el monto de dicha legítima en los diversos casos que en la práctica pueden presentarse. Así, la legítima del cónyuge en concurrencia con descendientes es de cuatro quintos de la herencia (4) de los cuales el cónyuge tomará una porción igual á la de cada hijo. Si la concurrencia fuera con ascendientes la legítima sería de dos tercios de la herencia que se dividirían por mitad entre el cónyuge y los ascendientes (5). Si el cónyuge concurre solo, su

(1) Título X, sección I.
(2) Artículo 3592.
(3) Capítulos I, II, III, IV y V, sección I, título VIII, libro IV.
(4) Artículos 3593 y 3570.
(5) Artículo 3571.

legítima será la mitad de los bienes del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (1). En concurrencia el cónyuge con hijos naturales, la legítima sería la mitad de los bienes del difunto (2) que se dividirían por mitad entre el cónyuge y los hijos naturales (3). Si fueran gananciales los bienes que dejare el marido á su muerte la esposa no tendría derecho alguno sucesorio sobre ellos, porque sería injusto quitar una parte de la herencia á los hijos para aumentar el caudal sucesorio de la esposa que en ese caso sería mayor que el que correspondería á todos aquellos (4). Si quedan padres naturales y viuda ó viudo, el padre natural tendrá por legítima un cuarto de la sucesión y el viudo ó viuda la mitad (5).

Hemos hecho este cuadro de los derechos sucesorios de la mujer casada para demostrar que, según nuestro Código, el cónyuge tiene en todo caso derechos hereditarios sobre los bienes del premuerto y que en cada caso

(1) Artículo 3595.

(2) Artículos 3595 y 3596.

(3) Artículo 3578.

(4) Este artículo ha sido interpretado por nuestra Cámara de Apelaciones en el mismo sentido que acabamos de expresar, puede verse con tal motivo la sentencia contenida en el tomo 7, páginas 562 y siguientes de los Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones; como asímismo la parte de este capítulo referente á la jurisprudencia en que tratamos el caso.

(5) Artículo 3597.

particular su legítima está claramente determinada por las disposiciones del título que analizamos.

Si el cónyuge tiene en todos los casos fijado su derecho sucesorio sobre los bienes del premuerto, si tiene en todos los casos *legítima hereditaria,* ¿cómo puede negarse que sea heredero forzoso?

De lo expuesto tenemos lógicamente que concluir que la *esposa es heredera forzosa del marido.*

Y esto mismo dice el Dr. Vélez en su nota al artículo 3410 al explicar el sistema que sigue sobre posesión hereditaria, después de establecer en el último párrafo de dicha nota, que sigue al respecto la teoría establecida por el derecho de Indias que exige que el cónyuge, á diferencia de los descendientes legítimos, pida la posesión hereditaria á los jueces, termina diciendo: «Creemos tener tanta más razón para no dar la posesión hereditaria en las sucesiones intestadas á todos los herederos legítimos, como lo hace la ley francesa, cuanto que por este Código, *creamos otros herederos legítimos,* á más de los que reconocían las leyes españolas, *tales como los hijos y padres naturales, marido y mujer en los casos que se designan*». Hay que notar que según nuestro Código, heredero forzoso y heredero legítimo son sinónimos; así el artículo 3358 emplea la palabra heredero legítimo para expresar que es herede-

ro forzoso. La nota habla además de los padres é hijos naturales aplicándoles el mismo título de herederos legítimos y nadie negará que son forzosos esos herederos.

Creemos, pues, que tanto del espíritu como de la misma letra de nuestro Código, se desprende el carácter hereditario forzoso de los cónyuges.

Y esa misma interpretación ha recibido esta materia por uno de nuestros civilistas más distinguidos, el doctor Jerónimo Cortés.

Discutiendo la fe de erratas del Código Civil en el Congreso dijo el Dr. Cortés (1) á propósito del artículo 3592: «... Ahora bien, diciendo el Código en la redacción actual, que tienen porción legítima todos los herederos designados en el título anterior, como en este título están mencionados los descendientes y colaterales, podía entenderse que unos y otros son herederos forzosos; pero no todos lo son ni deben considerárseles tales, siendo indispensable por esto limitar la resolución del artículo contrayéndola á los herederos mencionados en los cinco primeros capítulos del título anterior, porque efectivamente son ellos donde están enumerados los ascendientes, los descendientes legítimos ó naturales, *los esposos,* en fin todas las personas que el Códi-

(1) *Discusión de la fé de erratas del Codigo Civil,* página 375.

go considera como *herederas forzosas* y á quienes señala porción legítima. »

No puede, pues, caber otra interpretación en esta materia.

Sin embargo, existen numerosas disposiciones en nuestro Código que parecen estar en abierta oposición con la herencia forzosa de la esposa.

A nuestro juicio esas contradicciones sólo son aparentes y es eso lo que tratamos de demostrar en este trabajo.

III

Tan evidente es el carácter hereditario forzoso del cónyuge, que casi no habría necesidad de corroborarlo con la jurisprudencia establecida, son por otra parte tan escasas las sentencias á este respecto, que ello mismo confirma nuestra tesis.

Citaremos una sentencia del juez Dr. Pizarro, tanto por la autoridad científica que representa como por resolver el carácter hereditario del cónyuge cuando concurre á la sucesión del premuerto, siendo los bienes de ésta puramente gananciales.

La sentencia á que nos referimos ha sido dada á propósito de un incidente suscitado en los autos testamentarios de D. Diego Anderson. Este incidente versaba sobre si correspondía ó no á la viuda de D. Diego Anderson el derecho de tanteo que acuerda el Código Civil á los herederos y que en el presente caso era negado por los hijos del causante.

El primer considerando de dicha sentencia que es el pertinente para confirmar nuestra tesis, dice así:

...«Cuando la ley ha determinado que son los herederos los que pueden licitar, ha querido significar que esta acción puede ser ejercida por todos los que por disposición de la misma ley tienen un derecho en la herencia.

« La definición que siempre se ha dado á la palabra *heredero* estudiándola desde su origen, es la de que ella significa el derecho de adquirir una parte de los bienes del difunto por disposición testamentaria ó legal, y así *acto de heredero* es acto de propietario, como lo define Escriche al estudiar la palabra *heredero* en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*.

« Si por nuestro Código la mujer tiene siempre en la sucesión del marido una parte que la ley determina según los casos, es indudable, pues, que su carácter hereditario no desaparece cuando por disposición de la mis-

ma ley la hace concurrir á la herencia en el carácter de socia de la sociedad conyugal.

«No se concibe que la disposición contenida en el artículo antes citado se refiere única y exclusivamente, á los hijos que como en el caso *sub judice* tienen sólo la mitad de la herencia y que se niegue ese mismo derecho á la viuda á quien corresponde la otra mitad de la totalidad de los bienes. La licitación que autoriza la ley es precisamente entre los que están llamados á dividirse entre sí los bienes de la sucesión, porque no puede suponerse que entre personas que tienen cada una por su parte títulos legítimos á la herencia, á unos se les confiera una amplitud de derechos que los otros no pueden ejercer en ningún caso.

« Es indudable que si no existieran gananciales del matrimonio, el viudo ó viuda tienen en la sucesión la misma parte quecada uno de los hijos, y si entonces concurre como heredera y se le reconoce el derecho de tanteo, existiría falta de lógica en la ley negarle ese mismo derecho, cuando esa parte representa la mitad de la herencia, etc. »

Esta sentencia ha sido consentida en primera instancia, así es que nos vemos privados por esa causa de la confirmatoria en apelación.

Interpretando el artículo 3576 de nuestro Código Ci-

vil, la Cámara de Apelaciones dió una sentencia en los autos testamentarios de D. Antonio Nony confirmando la solución que hemos dado á dicho artículo en el número anterior.

El Dr. Damianoviche exponiendo su voto decía: «...Segovia en el artículo 3578 de su numeración, que es el 3576 del Código vigente dice: "el artículo ha debido redactarse así: la porción legítima del cónyuge no se computa sobre la mitad de gananciales correspondientes al difunto ó á sus herederos, y si únicamente sobre el capital propio de éste. Cuando no hay descendientes ni ascendientes el caso cambia de especie» (véase artículos 3514 y 3597 con la nota 9ª y vease la nota 8ª supra).

« Esta nota es la siguiente: «El cónyuge como socio toma la mitad de las gananciales de la sociedad conyugal; pero su parte hereditaria sólo se computa sobre el capital propio del cónyuge premuerto *y no sobre la parte de gananciales de éste, de modo, que la mitad de las gananciales es como una parte de su herencia, y si todos los bienes son gananciales no tendrá otra parte hereditaria* ».

«De otro modo el cónyuge, se llevaría una gran parte de la herencia, con menoscabo del derecho de los descendientes comunes ó del otro cónyuge... Y sería la oportunidad de exclamar ¿ cómo la viuda habría de pre-

tender más, siendo gananciales todos los bienes de la sucesión, cuando precisamente existen descendientes y en mayoría hijos legítimos y comunes?

« De lo expuesto anteriormente resulta que al redactarse el artículo 3576 se han tenido en cuenta las indicaciones hechas por Segovia, siendo este comentador, como el referido Código, favorable á lo resuelto en la sentencia apelada, que en el caso resuelve que la viuda no tiene otros derechos á la sucesión de su esposo que lo que le corresponda por la disolución de la sociedad conyugal, la mitad de las gananciales... » Los Dres. Zavalía, Pardo y Gonzales se adhirieron al voto del Dr. Damianoviche, quedando así confirmada la sentencia del inferior.

IV

Acabamos de estudiar los principios de nuestra legislación y no podemos menos de felicitarnos al considerar la hermosa doctrina que consigna, única verdadera y única capaz de mantener la cohesión y moralidad en la familia.

La herencia forzosa de la mujer responde seguramen-

te á la *comunidad absoluta de existencia* que establece el matrimonio.

La fiel compañera del esposo, la que compartió en vida sus desgracias y sus dichas, debe también compartir á su muerte con los hijos y ascendientes los bienes que aquél deje, y que son quizá frutos de sus desvelos y de su estímulo.

Lástima que no sean unánimes siquiera en nuestra América esas ideas que son seguramente las verdaderas.

Sin embargo, la mayor parte de sus legislaciones las han consignado de una manera más ó menos ámplia y no perdemos la esperanza que se ha de reaccionar sobre los principios establecidos, para poder presentar al mundo entero todo un continente regido por las leyes de la justicia y de la moral, basada en algo más noble que el mezquino interés.

Recorramos la legislación americana para poder apreciar sus semejanzas y diferencias.

El Código Civil de la *República Oriental* establece (1) el siguiente orden de sucesiones intestadas : 1° los descendientes lgítimos ó ilegítimos y el cónyuge sobreviviente ; 2° los ascendientes, el cónyuge é hijos naturales ; 3° los hermanos, el cónyuge é hijos naturales ; y 4° los demás colaterales.

(1) Artículos 987 y 990.

Al tratar de la legítima forzosa establece en su artículo 843 la del cónyuge que es de un cuarto de la herencia en toda clase de sucesión, salvo el caso de concurrir con descendientes, en que sólo hereda una parte igual á la de cada uno de los hijos. Como se ve, tiene esta legislación muchos puntos de contacto con la nuestra, variando tan sólo en el monto de la legítima.

Para el *Código Chileno* son herederos *ab intestato:* (1) los descendientes, los colaterales, los hijos naturales, los padres naturales, los hermanos naturales y el cónyuge supérstite.

En cuanto á herencia de los cónyuges ha seguido con algunas modificaciones la doctrina romana espresada en la Novela CXVIII de Justiniano.

El cónyuge que careciese á la muerte del otro de lo necesario para su cóngrua sustentación tiene una especie de derecho sucesorio reservado por la ley, denominado *porción conyugal* (2), que asciende á la cuarta parte de los bienes que el difunto deje á su muerte.

Este derecho, á diferencia de la *cuarta marital* de las Partidas, se extiende á ambos cónyuges.

El cónyuge por la ley chilena no hereda en concurrencia con ascendientes ó descendientes.

(1) Artículo 983.
(2) Artículo 1172.



Seguramente no es esta legislación tan liberal al consagrar los derechos sucesorios de los cónyuges como la nuestra ; pero no deja por eso de reconocer tales derechos.

A la altura de nuestra legislación, en el sentido de reconocer derechos hereditarios ámplios al cónyuge, se encuentra la *venezolana*.

Por el *Código Civil de Venezuela* son herederos *ab intestato* : 1° los descendientes y el cónyuge ; 2° los ascendientes, el cónyuge y los hijos naturales ; 3° el cónyuge, los hijos naturales y los hermanos del muerto ; 4° los otros colaterales hasta el cuarto grado.

El artículo 695 dispone que cuando el cónyuge concurra con descendientes tendrá una parte igual á la de cada uno de aquellos. Si concurre con ascendientes é hijos naturales, la herencia se divide en tres partes, una para el cónyuge, otra para los ascendientes y la tercera para los hijos naturales (1).

Si el cónyuge se presenta solo á la sucesión, por no existir otros parientes sucesibles, toda la herencia le será deferida (2).

La legislación venezolana reconoce legítima forzosa (3)

(1) Artículo 696.
(2) Artículo 697.
(3) Artículos 746 y 747.

á los descendientes legítimos ó naturales, á los ascendientes y al cónyuge supérstite.

La legítima de los descendientes varía según su número, siendo la mitad de la sucesión si quedan más de dos hijos y de las dos terceras partes si el número de hijos es mayor. Hemos visto que en este caso el cónyuge toma una parte igual á la de cada hijo.

El artículo 749 regula la legítima en caso de existir ascendientes, cónyuge é hijos naturales, fijándola en tres sextas, correspondiendo una al cónyuge, otra á los ascendientes y la tercera á los hijos naturales Si sólo quedase alguno de estos herederos, la legítima sería de un tercio de la herencia.

El cónyuge del hijo natural que concurra con descendencia también natural de aquél tendrá por legítima dos quintos de la herencia (1) de los cuales tomará un quinto el cónyuge y el otro los hijos naturales. Esta disposición es aplicable al caso de concurrir el cónyuge con ascendientes. Si sólo se presenta á la sucesión el cónyuge ó los ascendientes, su legítima es de un tercio (2).

Por las disposiciones recorridas de la ley civil venezolana fácilmente se aprecia su carácter.

Como entre nosotros, los herederos forzosos son:

(1) Artículo 740.
(2) Artículo 750.

5

el cónyuge, los descendientes y los ascendientes.

El cónyuge en todos los casos hereda y su legítima varía como en nuestro Código, según los herederos con quienes concurra.

La diferencia sustancial en este punto entre ambas legislaciones consiste en el aumento ó disminución de la legítima, según sea el número de hijos que el difunto deje á su muerte.

Nuestro Código establece una legítima invariable para los descendientes y el cónyuge si existe, que es de cuatro quintos de la herencia, mientras que el Código venezolano atiende al número de hijos para fijarla, siendo la mitad de la herencia si quedan dos hijos y dos tercios de la misma si quedan más.

Existe más libertad en cuanto al derecho de propiedad en esta última legislación y debe ser siempre ese un propósito en el legislador al dictar la ley, pues si la restricción á la propiedad es soportada con gusto dentro de ciertos límites, cuando es en beneficio de personas queridas, es odiosa cuando ultrapasa las fronteras que la razón le marca.

El amor á la propiedad es innato y para algunos escritores tan extenso que se sobrepone á todos los demás y constituye una verdadera pasión.

No participamos de estas ideas, pero creemos contra-

producentes las trabas ilimitadas que algunas leyes le imponen, porque sólo sirven para su propia violación.

En este sentido y sin reprochar que nuestra legislación ultrapase los límites racionales que como restricción pueden imponerse al goce y uso de la propiedad, creemos más consecuente con los principios que á ese derecho deben regir, la legislación venezolana.

Distinguir el número de herederos es indispensable para fijar racionalmente la legítima, desde que mayores tienen que ser las necesidades de un gran número de herederos que los de uno sólo.

Nuestro Código, aunque no ha tenido en cuenta esas ideas al reglamentar la sucesión forzosa de los descendientes y el cónyuge, no ha ultrapasado sin embargo los justos límites de la legítima.

La *República del Paraguay* ha sancionado con fuerza de ley civil para su territorio el Código argentino.

Las leyes brasileras son mezquinas en cuanto á los derechos que consagra al cónyuge sobreviviente.

No estableciendo legítima en su favor excluye del rango de heredero forzoso que con más ó menos extensión puede decirse que ocupa en toda nuestra América.

La herencia *ab intestato* le es deferida únicamente cuando el cónyuge muerto no ha dejado parientes dentro del décimo grado inclusive.

La disposición que encierra este derecho dice : «falleciendo el marido *ab intestato* y no teniendo parientes dentro del décimo grado, según el derecho civil, que hereden sus bienes y quedando viva su mujer, tenida y mantenida en su casa por el marido, será su universal heredera y de la misma manera el marido».

El Brasil, á diferencia de las otras repúblicas sudamericanas, no ha tenido fuerza suficiente para romper con las tradiciones de la metrópoli, al menos en cuanto al punto que estudiamos. Pero entrado actualmente en un período de reformas, no será extraño que repercutan sobre su legislación.

La ley civil *Peruana* reconoce como herederos forzosos únicamente á los descendientes y ascendientes (1).

Son herederos *ab intestato :* los descendientes (2), á falta de éstos los ascendientes (3). Si no existen descendientes ni ascendientes heredan los cónyuges y parientes colaterales hasta el sexto grado (4) de la siguiente manera : quedando hermanos, éstos heredan (5), si no existen hermanos heredan los parientes colaterales.

(1) Artículos 638 y 642.
(2) Artículo 874.
(3) Artículo 875.
(4) Artículo 876.
(5) Artículos 877 y 878.

del tercero y cuarto grado (1), no habiendo colaterales del cuarto grado hereda el cónguye (2). En último caso heredan los demás colaterales hasta el sexto grado (3).

En cuanto á los cónyuges existe la *porción conyugal* que, como en las otras repúblicas americanas, es de un cuarto de los bienes de la sucesión, para el cónyuge que carezca de lo necesario para subsistir, haya muerto testado ó intestado el causante (4).

A diferencia de lo establecido en las otras legislaciones americanas, la ley peruana sólo concede la *cuarta conyugal* al marido sobreviviente cuando á más de carecer de lo necesario para subsistir haya quedado inválido, enfermo ó sea mayor de sesenta años (5).

Existiendo hijos, la *cuarta conyugal* no podrá ser mayor que la legítima de cada uno de éstos, ni podrá exceder en ningún caso de la cantidad de 8000 pesos (6). En los demás casos heredará siempre la cuarta parte de los bienes de la sucesión, cualquiera que sea su monto (7).

(1) Artículo 879.
(2) Artículo 880.
(3) Artículo 881.
(4) Artículo 918.
(5) Artículo 918.
(6) Artículos 920 y 922.
(7) Artículo 924.

Si el marido hace legados á su esposa ésta sólo hereda hasta completar la cuarta conyugal (1).

El cónyuge no podrá usar de ese derecho cuando el valor de las gananciales alcance al de la cuarta parte de los bienes del marido.

La legislación *Boliviana* coloca al cónyuge sobreviviente en quinto grado entre los herederos *ab intestato* (2), pudiendo heredar á falta de descendientes legítimos (3) ó naturales (4), ascendientes (5) y colaterales hasta el cuarto grado (6).

Para la esposa establece la *cuarta marital* aún en concurrencia con descendientes, si á la muerte del marido no tuviese lo suficiente para poder vivir bien y honestamente (7).

Para el Código Civil de *Colombia* son herederos forzosos: 1° los descendientes legítimos; 2° los descendientes naturales; y 3° los ascendientes (8).

Para el cónyuge sobreviviente se establece la cuarta

(1) Artículo 928.
(2) Artículo 620.
(3) Artículo 606.
(4) Artículo 607.
(5) Artículo 607.
(6) Artículo 609.
(7) Artículo 620.
(8) Artículo 1240.

conyugal (1) en el mismo sentido que lo hace la legislación chilena.

De las repúblicas de Centro América, diremos dos palabras sobre el Código Civil del *Salvador*.

El Código del *Salvador* establece derechos hereditarios para los cónyuges, bajo un sistema muy parecido al que consigna la legislación chilena.

Las disposiciones relativas á la herencia de los cónyuges se hallan expresadas en sus artículos 1142 á 1150.

Los cónyuges gozan de una porción hereditaria, que, como en Chile, toma el nombre de *porción conyugal* y que asciende á un cuarto de la herencia, pero sucesible sólo en el caso que el superviviente quede pobre á la muerte del otro cónyuge, como dice el código, cuando carezca de lo necesario para su *cóngrua sustentación*.

Si existen hijos sólo recibirá, en el caso establecido por la ley, una parte igual á la de cada uno de aquellos.

Por la legislación del *Salvador* el cónyuge no es heredero forzoso.

Uno de los cónyuges puede instituir por testamento al otro, y si la institución excede á la porción conyugal será válida, siempre que salve las legítimas de los des-

(1) Artículos 1230 á 1237.

cendientes y ascendientes legítimos ó naturales, que son los únicos herederos forzosos (1).

La *Legislación Mejicana* establece que toda persona puede disponer libremente de sus bienes por testamento (2). Este derecho no está limitado sino por la obligación de dejar alimentos á los descendientes, al cónyuge supérstite y á los ascendientes, conforme á las reglas siguientes (3):

1ª A los descendientes varones menores de 25 años;

2ª A los descendientes varones que estén impedidos de trabajar y á las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otros aún cuando fuesen mayores de 25 años;

3ª Al cónyuge varón impedido de trabajar ó mujer que permanezca viuda y viva honestamente;

4ª A los ascendientes.

No hay obligación de dejar alimentos á los descendientes, sino á falta y por imposibilidad en los ascendientes más próximos en grado, y al ascendiente sólo á falta ó por imposibilidad del descendiente más próximo (4).

(1) Artículo 1152.
(2) Artículo 3323.
(3) Artículo 3324.
(4) Artículo 3325.

No hay obligación de dejar alimentos si el heredero tiene bienes propios ó sólo hasta completar lo necesario (1).

Si el caudal hereditario no alcanza para dejar alimentos á todos los herederos se preferirán: 1° al descendiente; 2° al cónyuge; y 3° al ascendiente (2).

Como se ve, en medio de esta especie de libertad testamentaria, los derechos hereditarios de los cónyuges son respetados y colocados en mejor situación que los del ascendiente.

Hacer una reseña de los derechos de los cónyuges en la legislación de los *Estados Unidos*, sería demasiado extenso, pues cada Estado de los que componen la Unión posee su legislación propia.

Indicaremos tan sólo que sus diversos códigos establecen derechos sucesorios *ab intestato* á favor del cónyuge supérstite.

De la comparación que acabamos de hacer de las distintas legislaciones americanas, promulgadas todas ellas en época reciente, se deduce claramente la tendencia dominante de nuestro siglo: conceder derechos á la mujer, elevándola en lo posible al rango del marido.

Esta evolución ha sido lenta, si se quiere, pero es se-

(1) Artículo 3326.
(2) Artículo 3330.

gura y no tardará mucho en imponerse como principio natural en el derecho universal, confirmando así una vez más el célebre aforismo de Cicerón: *In re consensio omnium gentium jus naturæ putanda est.*

V

No hay duda que de los Códigos Europeos el que es verdaderamente un monumento histórico y científico, tanto por la época en que se dictó como por sus colaboradores, es el francés, y sin embargo uno de los puntos peor legislados en ese Código es el que tratamos en este capítulo I.

Para el código francés el cónyuge no es heredero forzoso, y si lo es *ab intestato* es únicamente á falta de parientes sucesibles dentro del *duodécimo* grado (1), es decir casi ha sido equiparado al fisco que ocupa el trigésimo grado.

Los autores explican esta inequidad de la ley francesa por un error cometido en el Código de Estado por Treilhard que rechazó la proposición de Maleville tendente á conceder amplios derechos hereditarios á los

(1) Artículo 767.

cónyuges, basándose en que el artículo 55 ya los establecía.

En realidad es el artículo 40 el que establece el usufructo de un sexto de los bienes del hijo al sobreviviente de los cónyuges; pero este reducido derecho requiere para ejercerlo la calidad de madre, así es que la esposa estéril se ve privada de él.

En 1851 Bourzat, más tarde Rodière, y por último Delsol, han propuesto á las cámaras francesas diversos proyectos á fin de mejorar la condición hereditaria de los cónyuges; pero diferentes circunstancias han impedido su sanción (1).

El nuevo Código español sancionado en 1888 coloca al cónyuge entre los herederos forzosos (2) al lado de los ascendientes y descendientes, pero el derecho que les

(1) Últimamente se ha presentado un proyecto á la cámara francesa, modificando el artículo 767 del Código Napoleón que ha sido sancionado por ley de 10 de Marzo de 1891.

Por la modificación se establece: que cuando el difunto no deja ni parientes en grado sucesible ni hijos naturales los bienes de su sucesión pasan en plena propiedad al cónyuge no divorciado que le sobreviva y contra el cual no exista sentencia de separación de cuerpos pasada en cosa juzgada.

El cónyuge que no suceda en plena propiedad los bienes del consorte tendrá en todo caso una cuarta parte de ellos si el difunto deja uno ó más hijos nacidos del matrimonio; de una parte igual á la del hijo legítimo que menos reciba, si existen hijos de un matrimonio precedente, y la mitad de los bienes en todo otro caso y cualquiera que sea el número y calidad de los herederos con quienes concurra. (*Revue critique de Législation*, tomo 2°, número 2, mes de Febrero de 1892, páginas 93 y siguientes).

(2) Artículo 807, inciso 3°.

acuerda consiste sólo en el usufructo de la parte que corresponda á cada hijo no mejorado y á más del tercio destinado á mejoras si sólo concurre un hijo á la sucesión (1). Si concurriese el cónyuge con ascendientes, se le adjudicará la tercera parte de los bienes en usufructo (2). Si no quedan descendientes ni ascendientes, el cónyuge tendrá la midad de los bienes en usufructo (3).

Por el *Código Sajón* cuando el cónyuge sobreviviente concurre á la herencia con descendientes hereda la cuarta parte de los bienes (4); el tercio si los hijos son adoptivos (5), legitimados ó adulterinos de la esposa (6). La mitad si concurre con ascendientes ó hermanos (7). Si con parientes dentro del cuarto grado su legítima será la mitad de los bienes; pero puede heredar en el todo (8).

La ley civil *Italiana* coloca al cónyuge casi en la misma situación que la Española.

La parte hereditaria consiste en el usufructo de una

(1) Artículo 834.
(2) Artículo 836.
(3) Artículo 837.
(4) Artículo 2049.
(5) Artículo 2050.
(6) Artículo 2051.
(7) Artículo 2052.
(8) Artículos 2053 y 2580.

parte igual á la de cada hijo (1); de un cuarto de la herencia si concurre con ascendientes (2) y de un tercio si no existen unos ni otros (3).

Si existen legados á favor del cónyuge sólo se complementa su legítima (4).

La legislación *belga* relega á último rango el derecho sucesorio del cónyuge, permitiéndole entrar en la sucesión únicamente en el caso de no existir parientes colaterales del duodécimo grado (5), lo mismo que la francesa.

El *Svod* ó Digesto ruso considera heredera *ab intestato* á la viuda, pudiendo recibir una séptima parte de los inmuebles y una cuarta parte de los muebles del esposo (6). La esposa hereda también al suegro en representación de su marido (7).

El artículo 972 establece este mismo derecho á favor del esposo.

(1) Artículo 812.
(2) Artículo 813.
(3) Artículo 814.
(4) Artículo 828.
(5) Artículo 767.
(6) Artículo 967.
(7) Artículo 968.

CAPÍTULO II

PARTICIÓN POR DONACIÓN Ó POR TESTAMENTO

I. HISTORIA. *Hebreos*. La Biblia y sus disposiciones sobre partición por donación y por testamento. *India*. Condominio de bienes entre el padre y los hijos. Derechos de los hijos para obligar al padre á hacer partición. Careos que originan este derecho. *Griegos*. Testimonio de Demóstenes. *Roma. Testamentum parentum inter liberos*. Sus requisitos. Su revocación. A quién se acordaba la facultad de hacer tal testamento. *Divisio parentum inter liberos*. Quiénes podían hacerla. Sus formalidades. Su revocación. Bienes no comprendidos en la división. *Los Bárbaros*. El testamento entre los Bárbaros. Partición de bienes hecha por el ascendiente. *Edad media*. Obscuridad de esta época en cuanto á la legislación. Opinión de Boissonade sobre la partición en este período. — II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Sus disposiciones sobre la partición. Diferencias entre la partición por donación y la partición por testamento en cuanto á sus efectos y en cuanto á su forma. Principios que rigen á una y otra. Interpretación del artículo 3524. *Cuestiones que suscita la partición hecha por el ascendiente*. ¿Por qué razon siendo la esposa heredera forzosa sólo hay necesidad de instituirla en la partición por testamento cuando en el matrimonio no hubiere manifiestamente gananciales? Solucion del punto. — III. LEGISLACIÓN COMPARADA AMERICANA. Código de *Bolivia*, del *Paraguay*, de *Venezuela*, de *Méjico* y del *Salvador*.

I

La Biblia nos demuestra claramente en uno de sus pasajes que el padre tenía derecho de dividir sus bienes en vida entre sus hijos.

En efecto, el Eclesiastes (1) aconseja no hacer semejantes particiones á fin de que no tenga más tarde que arrepentirse y se vea en la necesidad de revocar las donaciones y termina en estos términos: *in die consummationis dierum vitæ tua distribue hereditatem,* es decir, que distribuya sus bienes el día de su muerte.

Como se ve, de ese texto se deduce claramente que la partición por testamento era permitida. En cuanto á la partición por donación, algunos autores creen que era prohibida basándose en que el texto citado termina diciendo que la distribución de los bienes se haga el día de la muerte.

Sin embargo, hay que observar que el Eclesiastes se reduce á aconsejar que no se haga la partición por donación, sin darle carácter imperativo á sus preceptos. Un consejo puede ó no ser seguido, y es por eso que creemos que el texto citado permite tal partición.

En la *India* existe una especie de co-propiedad entre el padre y los hijos, de donde resulta que los hijos pueden obligar al padre á hacer partición por donación de sus bienes cuando ha llegado á una edad en que le son indiferentes los placeres de la tierra, si quiere abrasar la vida ascética, si él y la esposa se hallan imposibilitados

(1) XXXIII, 20 y 24.

de tener nuevos hijos, si se han dado á ciertos vicios ó si padecen de una enfermedad incurable (1).

Entre los *Griegos* también existió la partición por donación, según nos enseña Demóstenes; sin embargo, como no poseemos datos completos sobre ella, nos bastará saber que revestía un carácter parecido al que tenía en la India.

En *Roma* encontramos también en uso la partición hecha por los ascendientes bajo los nombres de: *testamentum parentum inter liberos* y *divisio parentum inter liberos*.

El *testamentum parentum inter liberos* es reglamentado por la Novela 107, capítulo 1°.

Los requisitos exigidos para tal testamento eran: que el ascendiente escribiera por sí mismo la fecha del testamento, los nombres de los instituidos y claramente las partes en que los instituye.

La presencia de testigos, á diferencia de lo que sucede en los demás casos, no es exigida, á menos que en el mismo testamento se haga algún legado á persona extraña.

La misma Novela dispone que semejante testamento no puede ser revocado sino por una declaración expresa hecha en testamento solemne.

(1) Mitakshara, I, II, 7.

Al principio, la facultad de hacer la partición por testamento sólo fué acordada al padre, pero más tarde se hizo extensiva á todos los ascendientes (1) de cualquier sexo (2).

La *divisio parentum inter liberos* no fué permitida al principio sino al padre, pero más tarde, á imitación de lo que sucedió con la partición testamentaria, fué permitida á los ascendientes sin distinción alguna.

La Novela 107, capítulo 3, exige que sea hecha por escrito y firmada por el ascendiente y los descendientes.

Era revocable como toda disposición *mortis causa.*

Toda disposición extraña á los descendientes era nula, pero no anulaba el acto con tal que no atacara la legítima de los hijos.

Si la división no comprendía todos los bienes, el excedente se repartía entre los herederos *ab intestato.*

Estas son las disposiciones que regían la partición entre los romanos.

Entre los *Bárbaros*, según nos dice Tácito (3), al principio fué desconocido el testamento: *Heredes suc-*

(1) *Cod.*, ley 21, párrafo 1°, *De test.*

(2) Grenier, *Disc. hist.*, n° 63; Mainz, *Derecho Romano,* tomo III, página 347; Dalloz, *Repertoire,* tomo 16, página 16.

(3) *Germ.*, XX.

cessores que sui cuique liberi et nullum testamentum.

Desconocido el testamento, no podemos pensar en encontrar la partición testamentaria.

Sin embargo, más tarde el derecho romano estuvo en uso en diversas tribus, llevando consigo esas prácticas de las particiones testamentarias (1).

Las particiones por donación parece que fueron conocidas por los bárbaros desde los primeros tiempos y se impusieron como una necesidad en la carencia de testamento (2).

La *época feudal* presenta dificultades insuperables por la confusión de leyes y clases que existían en cada pueblo.

Cada clase tenía su legislación propia y cada feudo la suya; averiguar los principios que regían las instituciones en esta época es casi imposible.

Para no dejar un vacío, diremos con Boissonade (3) que el padre noble podía, según parece, en ciertos paises, dividir en vida sus bienes entre sus hijos, y que si esta partición no existía pasaban los bienes al primogénito.

La *legislación española* también permitía á los as-

(1) LAFFERRIÈRE, *Histoire du droit*, página 78, tomo II.

(2) BOISSONADE, *Histoire de la reserve héréditaire*, página 185.

(3) *Op. cit.*, página 219.

cendientes efectuar la partición de los bienes entre los descendientes, y así lo expresan la ley 9ª, título 15, partida VI, y la ley 10, título 21, libro 10, Novísima Recopilación.

II

El Código Civil, con el fin de prevenir las diferencias á que puede dar lugar la partición judicial, como asimismo para evitar mayores gastos á los herederos, permite á los padres y demás ascendientes que sustituyan su voluntad ilustrada á la decisión de la suerte, dividiendo sus propios bienes en vida, ya sea por donación ó por testamento entre sus hijos y descendientes (1). Esta facultad la ley la hace también extensiva á los bienes que pudieran corresponder á los descendientes de otras sucesiones (2).

Este título de nuestro Código da lugar á ciertas dudas que nos corresponde resolver en este capítulo ; pero antes de entrar de lleno á su resolución necesitamos siquiera consignar los principios que rigen la materia.

Es por eso que haremos un resumen del título que

(1) Artículo 3514 y nota.
(2) Artículo 3514.

estudiamos para poder pasar en seguida á tratar el verdadero objeto de este capítulo.

Nuestro Código no sólo permite efectuar la partición de sus bienes entre los descendientes á los padres y ascendientes, sino también á los tutores que les nombren, con tal que sean autorizados al efecto y mereciendo la aprobación judicial (1).

La partición puede hacerse de dos maneras, ó por donación ó por testamento, produciendo efectos diversos en ambos casos.

La partición por donación debe hacerse por entrega absoluta de bienes, trasmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos y requiriendo aceptación por parte de los herederos (2); esto es natural, desde que en toda donación se exige la tradición por parte del donante y la aceptación del donatario, siendo irrevocable una vez efectuada.

La partición por testamento, por el contrario, como toda sucesión, está subordinada á la muerte del donante y no puede revestir carácter irrevocable como no lo reviste el mismo testamento (3).

En la partición por testamento el heredero está obligado á pagar las deudas del causante con sus propios

(1) Artículo 3515.
(2) Artículo 3516.
(3) Artículo 3531.

bienes si no alcanzaren los de la sucesión, á menos que use del beneficio de inventario (1); en la partición por donación, por el contrario, como no es una verdadera sucesión, pues no hay herencia de persona viva, los descendientes no continúan la persona del donante y en tal virtud sólo pagan las deudas que aquél tenga en el momento de hacer la partición y hasta donde alcance la porción de bienes donados que á cada uno haya correspondido (2); los acreedores, en todo caso, tendrán acción contra el ascendiente si los bienes donados no alcanzaren á cubrir las deudas (3), no pudiendo ir contra los ascendientes sino en el caso que el ascendiente no tuviere bienes bastantes para el pago (4).

Otra diferencia entre ambas particiones es que en la por donación no puede disponerse sino de los bienes presentes, mientras que en la por testamento puede disponerse de todos los bienes (5).

En cuanto á la forma varían también, como es natural, ambas particiones.

«La partición por donación debe hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esa cla-

(1) Artículos 3532 y 3371.
(2) Artículos 3517 y 3519 y nota.
(3) Artículo 3519.
(4) Artículo 3520.
(5) Artículo 3518.

se» (1), es decir en escritura pública si comprende bienes inmuebles ó si su monto pasa de 1000 pesos; en los demás casos bastará que sea hecha por escrito.

La partición por testamento, como su nombre lo indica, debe revestir una de las formas que exige nuestro Código para manifestar la última voluntad.

En general, la partición por donación está sometida á los principios que rigen las donaciones y la partición por testamento á los que rigen éstos.

Es obedeciendo á esos principios que el Código prohibe que la partición por donación se haga bajo condición que dependa de la sola voluntad del disponente, ó bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición (2), como asimismo que sea revocada por el ascendiente, salvo cuando no se cumplan los cargos ó condiciones impuestos ó por causa de ingratitud (3). Los acreedores pueden exigir la revocación de la partición con las solas condiciones exigidas para revocar los actos á título gratuito.

Siguiendo los mismos principios que rigen los testamentos y las sucesiones, nuestro Código exige al ascendiente que colacione los valores dados á los descendien-

(1) Artículo 3523.
(2) Artículo 3517.
(3) Artículo 3522.

tes para efectuar la partición por testamento (1) y á los descendientes la garantía de evición, dándole á la partición por testamento los mismos efectos que á las particiones ordinarias (2), pudiendo en consecuencia rescindirse á la muerte del testador si no salva sus legítimas (3), ó reducirse si alguno de los herederos ha recibido mayor porción de la que el donante podía disponer (4), no importando una renuncia de esa acción la confirmación hecha por el descendiente (5).

Los hijos y descendientes entre los que se ha hecho una partición revisten carácter de herederos y pueden ejercer, aún antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confiere (6). La exclusión de un hijo existente al tiempo de hacerse la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre los otros herederos (7).

La partición por donación ó testamento se anula por

(1) Artículo 3530.
(2) Artículo 3533.
(3) Artículo 3536.
(4) Artículo 3537.
(5) Artículo 3538.
(6) Artículo 3535.
(7) Artículo 3529.

el nacimiento de un hijo póstumo ó de un matrimonio posterior á la partición (1).

En la partición por donación ó testamento puede dar á uno ó á algunos de sus hijos, la parte de los bienes que la ley le permite disponer, pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible sera de ningún valor. En la partición por donación no puede haber cláusula de mejora (2).

Esta disposición da lugar á dudas que no nos corresponde resolver en este trabajo.

Sólo diremos, siguiendo la ilustrada opinión del Dr. Cortés, que para resolver el caso hay que distinguir entre la mejora de hecho y la mejora total. El Código prohibe la segunda en la partición por donación, por considerarla de última voluntad, y exige en consecuencia cláusula expresa para que surta efecto en la testamentaria. La mejora de hecho, que consiste en que un padre dé á un hijo más que á otro, en todo caso es permitida.

Expuestos los principios que rigen, según nuestro Código, la materia que tratamos, pasaremos á solucio-

(1) Artículo 3529.
(2) Artículo 3524.



nar la cuestión que forma propiamente el objeto de este capítulo.

La cuestión es la siguiente: ¿Siendo la esposa heredera forzosa del marido, por qué razón sólo hay necesidad de instituirla en la partición por testamento cuando no hubiera manifiestamente gananciales en el matrimonio? Ante todo debemos hacer una distinción que establece nuestro Código entre la partición por donación y la partición por testamento.

Revistiendo el carácter de una verdadera donación la partición por donación y siendo las donaciones absolutamente prohibidas entre esposos, es muy natural que el Código haya prohibido que el ascendiente pueda dividir sus bienes entre sus hijos existiendo la sociedad conyugal (1), pues si tal cosa fuera permitida sería completamente inútil la prohibición establecida respecto á las donaciones entre esposos (2), desde que la mujer, como heredera forzosa de su marido, debería también ser comprendida en la partición (3).

En cuanto á la partición por testamento tampoco es permitido al ascendiente efectuarla cuando existe la sociedad conyugal ó continúa de hecho con el cónyuge vivo ó sus herederos.

(1) Artículo 3526.
(2) Artículo 1807, inciso 1°.
(3) Artículo 3570.

La razón de esta disposición no es otra, como lo expresan Aubry y Rau (1), Demolombe (2), Bonnet (3), Llerena (4) y otros, que la imposibilidad en que se encontraría el cónyuge de disponer de un patrimonio ajeno. Existente la sociedad conyugal se hallan confundidos sus bienes con los de su consorte, sin saberse lo que á cada uno corresponde hasta el día en que se decrete la liquidación, y hasta ese día no le será permitido al cónyuge repartir sus bienes entre sus herederos.

El artículo se coloca además en otro caso, aquél en que continúe de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo ó sus herederos (5).

Esta disposición corresponde y puede interpretarse fácilmente por otros dos principios del título de la sociedad conyugal, que dicen: « Si la mujer optare por la continuación de la sociedad conyugal, administrará todos los bienes del matrimonio; pero no podrá optar por la continuación de la sociedad, si hubiese luego, por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido » (6).

(1) *Droit civil français*, tomo 8, página 17.
(2) *Cours*, tomo 24, página 89 y 90.
(3) *Traité*, tomo 1, página 248.
(4) *Comentarios*, tomo 6, página 350.
(5) Artículo 3526 final.
(6) Artículo 1309.

Y agrega el artículo siguiente: « la continuación de la sociedad conyugal no durará sino hasta el día en que se decretare la sucesión definitiva » (1).

Come se ve, la sociedad conyugal puede continuar en ausencia de uno de los cónyuges, y esta es la continuación de hecho á que se refiere nuestro Código en el artículo 3526.

Esta continuación de la sociedad, aunque de hecho, es reconocida por nuestro Código y surte el mismo efecto que la existencia de derecho : no hay pues razón para que se apliquen principios diversos á ambas. La sociedad conyugal sólo termina por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges (2). Será, pues, sólo ocurriendo uno de esos casos y disuelta por tanto la sociedad conyugal, que el ascendiente podrá hacer partición de sus bienes entre sus descendientes, y es así cómo se explica la disposición de nuestro Código, según la que «la partición, sea por donación entre vivos, sea por testamento, sólo puede tener lugar entre los hijos y descendientes legítimos y naturales, observándose el derecho de representación » (3). Podría extrañarse que el

(1) Artículo 1310.
(2) Artículo 1291.
(3) Artículo 3525.

legislador hubiese omitido al cónyuge, que es heredero forzoso del consorte, si no tuviéramos en cuenta que esa disposición sólo es aplicable disuelta la sociedad conyugal, es decir, toda vez que el cónyuge no es heredero.

Si el cónyuge fuese indigno de heredar por separación de hecho ó cualquier otra causa, nos inclinamos á creer en contra de la opinión del Dr. Segovia (1) que el otro no podría hacer partición de sus bienes entre sus descendientes.

La razón que tenemos para opinar así es, que en la separación de hecho, por ejemplo, la ley no toma intervención alguna ni respecto á las personas ni respecto á los bienes, y que en tal situación no consta en manera alguna la disolución de la sociedad conyugal, por más que en muchos casos de hecho se haya disuelto. Ahora bien, la ley es terminante—cuando existe ó continúa de hecho la sociedad conyugal, — dice, y en el caso de separación de hecho para la ley no está disuelta.

Por otra parte, la reconciliación podría operarse entre los cónyuges viniendo así á anular uñ acto que debe ser irrevocable.

Los principios que acabamos de esponer son la regla

(1) *Comentarios*, tomo 2°, página 527.

general; pero existe un caso de excepción, al menos á nuestro juicio, que tomado por algunos no como tal excepción sino como regla, los ha llevado á consecuencias absurdas, ó los ha encerrado en dilemas insolubles.

El punto en cuestión se halla íntimamente ligado con la herencia forzosa de la esposa, y del carácter hereditario que se le dé á ésta, depende la solución del problema.

Para nosotros no cabe la menor duda que nuestro Código ha colocado á la esposa en el rango de heredera forzosa del marido (1), y es con esa base que trataremos de interpretar el principio establecido en el artículo que pasamos á estudiar.

Este dice: « No habiendo manifiestamente gananciales en el matrimonio, la participación por testamento debe comprender no sólo á los hijos legítimos y naturales, y á sus descendientes si aquéllos no existen, sino también al cónyuge sobreviviente ».

Como hemos visto, la regla general es, que existiendo la sociedad conyugal no pueda hacerse la partición por el ascendiente ya sea por donación ó por testamento.

El artículo que estudiamos consagra una escepción y permite hacer la partición, existiendo la sociedad conyugal, con estos dos requisitos: que no existan ganan-

(1) Véase Capítulo I.

ciales en el matrimonio y que se instituya al cónyuge.

Si la partición por testamento se prohibe existiendo la sociedad conyugal es únicamente para evitar que uno de los cónyuges disponga de lo ajeno, es decir, de lo que pertenece á otro cónyuge. Ahora bien, no existiendo manifiestamente gananciales en el matrimonio no hay ese peligro, desde que los bienes existentes son propios de uno ú otro de los cónyuges, pudiendo disponer de ellos á su agrado, con tal que respete las restricciones que le impone la ley.

Por otra parte, no puede objetarse en este caso que se perjudique á la sociedad sustrayéndole parte del capital ó todo el capital para entregarlo á los hijos, pues la partición por testamento no surte efecto hasta la muerte del ascendiente (1) y si entre el acto de la partición y el de la muerte del partidor existieran gananciales, esto en nada perjudicaría la partición, desde que se repartirían *ab intestato,* como ordena la ley para el caso de partición por donación (2). Además hay que tener en cuenta que la partición por testamento es un acto revocable (3).

Respecto á la institución del cónyuge es muy natural que así sea. El cónyuge es heredero forzoso y como tal

(1) Artículo 3531.
(2) Artículo 3518.
(3) Artículo 3531.

tiene su legítima que no puede ser lesionada como lo indica la siguiente disposición: «si la partición no es hecha entre todos los hijos legítimos y naturales, que existan al tiempo de la muerte del ascendiente, y los descendientes de los que hubiesen fallecido y el cónyuge sobreviviente en el caso del artículo anterior, será de ningún efecto» (1).

El Dr. Jerónimo Cortés sostenía esos mismos principios en la Cámara de Senadores, al discutirse la fe de erratas del Código Civil.

A propósito del artículo citado, decía ese jurisconsulto: « lo que se dispone en ese artículo, señor Presidente, es que el padre al hacer la partición entre sus hijos debe comprender no solamente á todos sus descendientes sino también al cónyuge, porque todas estas personas deben tener indispensablemente una parte en la herencia...

«La Comisión dice: y *el cónyuge*, indicando que también el cónyuge debe ser comprendido en la partición, porque efectivamente, como se sabe, por nuestro Código el esposo legítimo tiene derecho á una porción, que necesariamente ha de recibir de los bienes del consorte (2). »

(1) Artículo 3528.

(2) *Fé de erratas del Código,* Discusión en la Cámara de Senadores, página 570.

III

La mayor parte de las legislaciones americanas consagran en sus códigos disposiciones especiales sobre la partición hecha por los ascendientes.

El Código de *Bolivia* establece que el padre ó la madre pueden hacer partición de sus bienes en vida entre sus descendientes (1), que no pueden ser reclamados sino por causa de lesión, dolo ó fraude (2).

Como se ve, poca atención dedica la legislación boliviana á esta clase de particiones, pues una materia tan vasta sólo la trata en dos artículos. Por otra parte le da un carácter más estrecho que el que le da nuestro Código, pues sólo confiere ese derecho al padre ó á la madre y no á todos los ascendientes.

El Código del *Paraguay* sigue nuestras disposiciones.

El Código de *Colombia* sólo dedica un artículo á la partición hecha por los ascendientes: «Si el difunto, dice, ha hecho la partición por acto entre vivos ó por

(1) Artículo 643.
(2) Artículo 645.

testamento se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria á derecho ajeno » (1).

El Código de *Venezuela* dedica más atención que los anteriores á la materia que tratamos, sin embargo sólo confiere el derecho de hacer partición por donación ó testamento al padre ó madre (2).

La partición por donación sólo puede comprender los bienes presentes (3). Si no comprende todos los bienes los que existan al abrirse la sucesión se repartirán *ab intestato* (4).

La partición es nula si no comprende á todos los descendientes (5).

La partición puede ser atacada por los descendientes si hiere la legítima de algunos de ellos ó la lesiona en más de un cuarto (6).

El Código de *México* trata la materia de la partición hecha por los ascendientes en un solo artículo que dice: « Si el autor de la sucesión hiciere partición de sus bienes en testamento á ella deberá estarse, salvo derecho de tercero; también puede hacerse la partición por acto

(1) Artículo 1375.
(2) Artículos 996 y 997.
(3) Artículo 997.
(4) Artículo 998.
(5) Artículo 999.
(6) Artículo 1000.

entre vivos, sujetándose á lo que este Código dispone sobre donaciones entre vivos» (1).

El Código del *Salvador* establece que: «Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos ó por testamento se pasará por ella en cuanto no fuere contrario á derecho ajeno».

En cuanto á los otros códigos americanos no contienen disposiciones especiales sobre la materia.

(1) Artículo 3791.

CAPÍTULO III

DESHEREDACIÓN

I. Historia. Qué es desheredación. Su uso en la antigüedad. *Hebreos.* La desheredación existió entre los Hebreos. Por qué la ley de Moisés no habla de la desheredación de la esposa. Causas de desheredación. Desheredación de Ruben. *India.* Ley de Manú. Sus disposiciones sobre desheredación. *Grecia.* ¿A quiénes se aplicaba la desheredación? Causas de desheredación. La *abdicatio.* Discusión de los autores al respecto. Opiniones de Petit y de Meursius. *Roma.* ¿Por qué no hubo desheredación en los primeros tiempos de Roma? Epoca pretoriana. Disposiciones contenidas en la Novela CXV. Causas de desheredación que ella establece. Requisitos de la desheredación ¿Por qué la mujer no era comprendida en la Novela CXV? *Los Bárbaros.* Conocieron la *abdicatio* y la desheredación. Leyes de los visigodos, lombardos, etc. Desheredación de la mujer. *Edad media.* Dudas respecto á la desheredación. Los Assises de Jerusalén. Opinión de Boissonade respecto á la desheredación entre los nobles. Desheredación de villanos. Desheredación de los hijos y la esposa. *Legislación española.* — II. El código civil argentino. *¿Puede la mujer ser desheredada por nuestro Código?* La desheredación según nuestro Código. Sus requisitos ¿Para quiénes se establece la desheredación? Causas de desheredación, Sus formalidades. Desheredación de ascendientes. ¿Puede el cónyuge ser desheredado? Opinión del Doctor Segovia. Nuestra opinión. Sus fundamentos. — III. Jurisprudencia. La jurisprudencia de la Cámara de la Capital confirma nuestra opinión. Testamentaría de Doña Isidora Alegre. Antecedentes del caso. Fallo del Juez de lo Civil. Acuerdo de la Cámara de lo Civil. Voto del Doctor Damianovich. — IV. Legislación comparada americana. Legislación del *Uruguay,* del *Paraguay,* de *Chile,* de *Bolivia,* del *Perú,* de *Colombia,* de *Venezuela,* del *Salvador* y de *Méjico.*

I

Basada la sucesión en la afección y deberes que impone el vínculo del parentesco, es muy natural que extinguida la primera ó desconocida la reciprocidad de los segundos, cese aquella por completo, sirviendo para este efecto como medio la desheredación.

La desheredación no es, pues, otra cosa que la facultad acordada á una persona para privar del derecho de sucesión á los herederos, fundándose en causas expresamente determinadas por la ley.

Reconocida por casi todas las legislaciones, desde los tiempos más remotos, puede decirse que ha sufrido la influencia de las ideas dominantes respecto á los derechos hereditarios en general.

Entre los *Hebreos* fué conocida la desheredación desde los primeros tiempos, pero aplicada exclusivamente á los descendientes, que eran los únicos herederos. Desde que la esposa no heredaba ni aún en los tiempos de Moisés, mal podía referirse á ella un derecho que se fundaba en la herencia precisamente.

Las causas de desheredación en este pueblo no son

conocidas á fondo, pero se sabe que existieron y que requerían ser hechas con cierta solemnidad. Un ejemplo nos presenta Jacob, que desheredando á Ruben expresa por causa no haber respetado el tálamo de su padre (1).

En la *India* las leyes de *Manú*, conceden á la esposa derechos hereditarios (2) al nivel de los hijos, colocándola de esta manera en el rango de heredera forzosa de su marido. Establecida la desheredación, como aplicable á todo heredero, con tal que se funde en «una causa que se considere suficiente», es natural que existiendo esa causa pueden ser desheredados no sólo los hijos sino también la esposa.

Entre los *Griegos* la desheredación era aplicable sólo á los hijos, que eran los únicos herederos.

Según Boissonade (3) las causas de la desheredación eran las injurias graves contra el padre, y el olvido de los deberes del ciudadano.

Existía en Grecia otro medio de privar de la herencia al descendiente, y era la *abdicatio*, es decir, la renuncia que hacía el padre de todos los derechos que le correspondían sobre su hijo, expulsándolo de la casa.

(1) Boissonade, *Histoire de la reserve héréditaire*, página 6.
(2) Capítulo I.
(3) *Histoire de la reserve héréditaire*, página 43.

Los autores no están de acuerdo sobre si ese derecho podía ser ejercido ilimitada y voluntariamente por el padre, ó si requería la intervención judicial. Esta última opinión, que parece la más razonada, es sostenida por Samuel Petit (1).

Tampoco existe uniformidad de opiniones en cuanto á saber si los padres tenían la facultad de perdonar las penas de desheredación y *abdicatio*. Meursius, citado por Boissonade (2), sostiene que la *abdicatio* una vez hecha no puede ser perdonada. Petit sostiene la teoría contraria, que parece más justa que la anterior.

La esposa no podía ser desheredada entre los griegos porque nunca las leyes le reconocieron derechos hereditarios.

En las *leyes romanas* encontramos completamente desarrollados los principios jurídicos que rigen la desheredación.

En los primeros tiempos y bajo la amplitud del principio sentado por las XII Tablas : *uti legassit suæ rei ita jus esto,* en materia de sucesiones, no pudo caber ni la legítima ni la desheredación.

Es recién en la época pretoriana y bajo el imperio de la *bonorum possessio* que se desarrolla la

(1) *In leges atticas*, libro II, título IV, número 11.
(2) *Op. cit.*, página 45.

querela in officiosi testamenti y la *ex hereditatio*.

La Novela CXV reglamentando la materia de desheredación establece catorce causas por las cuales puede ser privado el descendiente de la herencia de su ascendiente.

Estas causas son : entregarse á vías de hecho contra sus padres, injuriarlos gravemente, acusarlos por delito cometido, salvo si fuese contra el Estado ó el Emperador, unirse con envenenadores ó gente malévola, atentar contra la vida de sus padres, tener contacto carnal con la madrastra ó concubina de su padre, iniciar un proceso calumnioso contra sus padres, causándoles así un perjuicio considerable, no dar caución, siendo requerido, para librar de la prisión á sus padres, impedir al padre que haga testamento, asociarse contra la voluntad de sus padres con gladiadores ó histriones, si la nieta ó hija rehusan el marido ofrecido por el ascendiente ó se entregan á una vida deshonesta, no cuidar de los padres dementes, no rescatar á sus padres cautivos, teniendo el hijo 18 años, ser el hijo hereje siendo sus padres ortodoxos.

Los hijos pueden desheredar á los padres por haberlos acusado de delito que merezca pena capital, salvo crímen de lesa majestad, por atentar contra su vida, por tener el padre comercio ilícito con su nuera ó concubina

de su hijo, por impedirle testar, por atentar contra su cónyuge, por abandonar sus hijos dementes ó no rescatar los cautivos, por ser herejes los padres.

La misma Novela exige que la desheredación y su causa sean expresadas en el testamento, debiendo probarse por los herederos. Anteriormente la prueba debía ser suministrada por el desheredado.

En caso de contravención á lo establecido en la Novela CXV, el testamento se anulaba y se defería la sucesión *ab intestato*.

La Novela citada, como se ve, no habla de cónyuge, así es que éste no podía ser privado del derecho sucesorio que le acordaba la ley, cuando era pobre, por la desheredación.

Por otra parte, existía el divorcio que rompía el vínculo matrimonial, pudiendo así impedir que el cónyuge heredase.

Los *Bárbaros* segun el parecer de Boissonade (1) hacían uso como los griegos de la *abdicatio* para privar de la herencia al heredero. También conocieron la desheredación propiamente dicha, permitiendo su uso solamente cuando existía una causa grave: así lo disponían las leyes de los visigodos, de los lombardos,

(1) *Histoire de la réserve héréditaire*, página 190.

de los alemanes, y las Capitulares de Carlo Magno.

En la legislación de esta época tampoco se menciona la desheredación de la esposa, por no ser reconocida como heredera forzosa.

Durante la *Edad Media* existió la desheredación pero legislada diversamente, según se refiriese á los nobles ó á los siervos ó villanos.

Se cree generalmente que los nobles al principio cuando rigieron las costumbres ó estatutos, no podían ser desheredados, á pesar de un texto de los *Assises* que para algunos autores da lugar á dudas.

Boissonade (1) opina que los padres podían desheredar ó privar de la herencia á sus hijos, haciendo donaciones á extraños. El primogénito no podía ser desheredado en ningún caso.

Entre los siervos y villanos siempre fué permitida la desheredación, como la estableció la Novela CXV para los romanos.

Las hijas dotadas eran desheredadas, como sucedía entre los bárbaros, ya fueran nobles ó siervas.

La esposa no debe extrañarnos que no pudiere ser desheredada, pues hemos visto (2) que no heredaba por la legislación medieval.

(1) *Op. cit.*, página 224.
(2) Capítulo I.

Las *leyes españolas* siguieron la legislación romana (1).

II

La desheredación es el acto por el cual el causante priva por testamento de la legítima á un heredero forzoso, basándose en una de las causas establecidas por la ley.

Los requisitos de la desheredación, como se deduce de la definición anterior, son : que se refiera á *un heredero forzoso*, pues únicamente el heredero forzoso tiene legítima (2); que se haga en *testamento* (3), porque es la manera legal de conocer la voluntad del causante ; y que tenga lugar por una de las *causas* (4) expresadas en el título de la desheredación, desde que cualquiera otra causa no expresada en dicho título no sería suficiente para desheredar (5), como tampoco

(1) Ley 1ª, título 5º, libro IV, Fuero Juzgo; ley 2, título 9, libro III, Fuero Real ; ley 4 y siguientes, título 7º, Partida VI.

(2) Artículo 3744.

(3) Artículo 3745.

(4) Artículo 3745.

(5) Artículo 3745.

lo sería la desheredación sin expresión de causa (1).

Para que la desheredación surta efecto, habiéndose llenado los requisitos exigidos por la ley, es necesario que la causa expresada en el testamento se pruebe ante juez competente por los herederos del difunto, á menos que hubiera sido probada en vida del mismo (2), pues revistiendo la desheredación un carácter penal, no puede imponerse sin estar plenamente probada ante juez competente. Si no fuera así podría fácilmente el testador eludir todas las disposiciones hereditarias del Código, fraguando desheredaciones que en realidad no existan.

El Código establece en su artículo 3747 que : « los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes legítimos ó naturales por las causas siguientes :

« 1ª Por injurias de hecho poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante ;

« 2ª Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente ;

« 3ª Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión ó de trabajos forzados. »

El artículo siguiente, 3748, permite al descendiente

(1) Artículo 3745.
(2) Artículo 3746.

desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo precedente.

Como puede verse, en los artículos anteriormente citados se presenta á primera vista una flagrante contradicción, que es la que nos corresponde resolver en este capítulo.

En efecto, por el artículo 3744, se establece, que *todo heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida por las causas designadas en este título,* y sin embargo á pesar de lo extenso que es en sus términos dicho artículo al expresar que *todo heredero forzoso* puede ser desheredado, limita su extensión por las disposiciones contenidas en los artículos 3747 y 3748 del mismo título, desde que éstos restringen el derecho de desheredación entre ascendientes y descendientes legítimos ó naturales únicamente. Ahora bien, el cónyuge, como hemos demostrado en el capítulo I de este trabajo, es heredero forzoso del sobreviviente, y natural es preguntarnos cómo es que el legislador estableciendo la desheredación para todo heredero forzoso la restringe en los artículos citados excluyendo en absoluto al cónyuge sobreviviente.

El Dr. Segovia emitiendo su opinión sobre este punto en la nota 1ª al artículo 3748 de sus *Comentarios al*

Código Civil (1) dice: «los artículos 3747 y 3748 sólo hablan de descendientes y ascendientes, y no se refieren al cónyuge, que es también heredero forzoso, puesto que tiene legítima. Por el proyecto de Goyena no lo es.

« En esta delicada cuestión nos inclinamos á pensar que el cónyuge podrá ser desheredado por las causas 2ª y 3ª del artículo 3747, pues parece absurdo que haya de ser de mejor condición que un ascendiente. El artículo 3714 que dice: « son herederos forzosos, aunque « no sean instituidos en el testamento, aquellos á quie- « nes la ley reserva en los bienes del difunto una porción « de que no puede privarlos, sin justa causa de deshe- « redación », arguye en favor de nuestra tésis, etc. »

De esta nota resulta que el Dr. Segovia cree que el cónyuge puede ser desheredado por las causas expresadas en los dos últimos incisos del artículo 3749; y sin dar razón alguna cree que no puede serlo por la causa indicada en el primer inciso.

Respetando en mucho la ilustrada opinión del Dr. Segovia nos inclinamos á pensar de una manera opuesta, sosteniendo como solución más arreglada que el *cónyuge no puede ser desheredado*.

Existe ante todo una razón de interpretación jurídica

(1) En dichos *Comentarios* figura este artículo bajo el número 3746, pues fueron hechos con anterioridad á la corrección oficial.

que nos predispone á sostener dicha solución, y es: que el código debe comentarse, según la expresión de Zachariæ, por el código mismo y que en tal concepto hay que tratar de conciliar sus disposiciones antes que hacerlas contradecir.

La desheredación reviste un carácter penal y como tal, las disposiciones que le atañen, contenidas en el título que estudiamos, deben interpretarse restrictivamente. En materia penal no existe ni puede existir interpretación analógica ó extensiva.

Si el código no habla de cónyuges tratando de la desheredación, no se podría en manera alguna al aplicar la ley, extender sus disposiciones á aquellos, aún cuando no hubiera otro medio de impedir que hereden contra la voluntad del testador.

El artículo 3744, al referirse á todo heredero forzoso, ha querido hacerlo únicamente á los ascendientes y descendientes, legítimos ó naturales y esto lo comprueban las disposiciones que le siguen y que son interpretativas de su texto. Podemos decir que esas disposiciones son restricciones deliberadas y voluntarias del codificador á la latitud del primer artículo.

Por otra parte, el objeto de la desheredación es impedir que herede aquél que por su mala conducta hacia el testador se ha hecho indigno de suceder; y respecto al

cónyuge existen fuera de la desheredación otros medios sencillos para conseguir ese mismo fin: el divorcio y la separación.

Si el marido se encuentra respecto á su mujer ó viceversa en algunos de los casos expresados en el artículo 3747, seguramente pediría divorcio ó separación, lo que haría imposible la sucesión respectivamente, desde que el código en sus artículos 3574 y 3575 dispone que cesa la sucesión de los cónyuges si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse ó estando provisoriamente separados por juez competente, como asimismo estando divorciados por sentencia de juez competente, en cuyo caso el que dió causa al divorcio perderá todo derecho sucesorio sobre el otro.

Si el cónyuge no pide divorcio ó separación, es una prueba bien manifiesta de que no considera mala la conducta de su consorte, ó que considerándola tal ha perdonado, y existiendo perdon cesa aún entre ascendientes y descendientes la desheredación (1) como así también la incapacidad de heredar producida por divorcio ó separación (2).

Y no puede argumentarse en contra de nuestra tesis que las causas de desheredación sean más extensas que

(1) Artículo 3750.
(2) Artículo 71 de la Ley de Matrimonio Civil.

las de divorcio, desde que por el contrario son mucho más amplias éstas que aquellas.

En efecto son causas de divorcio:

1° El adulterio de la mujer ó del marido;

2° Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal ó como cómplice;

3° Provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer adulterio ú otros delitos;

4° La sevicia;

5° Injurias graves;

6° Malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal;

7° El abandono voluntario y malicioso.

Por esta enumeración puede verse que son extensas las causas que la ley acuerda para desheredar al cónyuge por medio del divorcio, y como las causas de la separación no se enumeran en la ley podemos decir que son infinitas.

Existen, pues, muchos más medios de desheredar al cónyuge que á un descendiente, ¿con qué objeto, pues, hemos de suponer, como piensa el Dr. Segovia, que los esposos deben incluirse entre los herederos forzosos desheredables? No hay razón ninguna y por el contrario debemos concluir que la mujer ha sido excluida delibe-

radamente del título de la desheredación, á fin de evitar redundancias en el código, que además de ser completamente inútiles serían fuente de confusiones. Por otra parte, el código exige para que la desheredación sea eficaz, además de ser expresada la justa causa en el testamento, que los herederos la prueben ante juez competente. ¿ Se les reconocería personería á los hijos para litigar contra la madre valiéndose de acciones personales conferidas por la ley únicamente á los cónyuges?

Creemos, pues, que no puede ser otra tesis la sostenible como verdadera, ante las doctrinas de nuestro Código, que la que dejamos expuesta.

III

Confirmando la solución que acabamos de dar á la desheredación de la esposa, citaremos una sentencia de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil, dada en un incidente promovido en los autos testamentarios de Doña Isidora Alegre (1). El incidente se promovió de la siguiente manera: Doña Isidora Alegre, esposa separada de hecho hacía 30 años de don Eugenio Ro-

(1) *Fallos de la Cámara de lo Civil*, serie 1ª, tomo 6, página 369.



mero, instituyó heredero en su testamento á Don Cayetano López.

Iniciado el juicio testamentario se cita por edictos á los herederos y acreedores; sabiendo la existencia del esposo de la causante y no habiéndose presentado se le nombra un defensor, que al darse cuenta del expediente, reclama para su defendido los derechos sucesorios que como cónyuge la ley le acuerda, invocando, entre otros argumentos, que no podía ser excluido de la sucesión por el silencio del testamento, puesto que siendo heredero forzoso de su cónyuge sólo una desheredación expresa podía privarlo de la herencia.

López hizo valer, contestando la demanda, la separación de hecho durante 30 años y la pérdida por consiguiente de todo derecho hereditario.

Fallado el asunto en primera instancia, fué condenado Romero, interponiendo en seguida los recursos de apelación y nulidad.

El señor Camarista Dr. Damianoviche, fundando su voto sobre el punto en cuestión, dijo: «...*para privar de ese derecho* (de sucesión sobre los bienes del otro) *al cónyuge supérstite, no es necesario una desheredación formal*, pues cesa *ipso jure* por el solo hecho de la separación sin voluntad de unirse...

« El hecho de la separación desde 30 años atrás está

reconocido por ambas partes y basta sólo su duración para demostrar la falta de voluntad de unirse, aún prescindiendo de las causas que uno y otro atribuyan á esa separación, que por su naturaleza misma excluye esa voluntad.»

Los doctores Pardo y González se adhirieron á este voto siendo confirmada la sentencia del inferior.

IV

La desheredación de descendientes y ascendientes la hemos visto consagrada por casi todas las legislaciones de los pueblos antiguos y la veremos también establecida en las leyes modernas. Pero no sucede lo mismo con la desheredación del cónyuge, por la razón de que antiguamente no era heredero forzoso, no pudiendo ser por tanto desheredado, y que en nuestros días existe el divorcio ó la separación, que vienen á ser una desheredación tácita.

Vamos á recorrer las diversas legislaciones modernas para convencernos de lo dicho.

El código *Uruguayo* establece la desheredación entre

ascendientes y descendientes únicamente (1) indicando las causas que pueden motivarla.

La ley oriental reconoce como causas de desheredación las de indignidad (2).

Para que surta efecto la desheredación debe ser hecha en testamento (3), expresando la causa legal y exigiéndose la prueba de ella (4).

La reconciliación entre el ofensor y el ofendido extingue la desheredación (5).

El código *Paraguayo* sigue la legislación argentina.

El código *Chileno* establece la desheredación entre ascendientes y descendientes, siendo justas causas, las injurias graves, no haber socorrido el descendiente al ascendiente enfermo ó demente y vice-versa, impedir por la fuerza que haga testamento, casarse el hijo sin consentimiento del padre, cometer ciertos delitos. La causa debe expresarse en testamento válido y probarse (6).

El código de *Bolivia* expresa doce causas de desheredación, que son casi las mismas que trae la Novela CXV;

(1) Artículos 885 y 886.
(2) Artículo 861.
(3) Artículo 858.
(4) Artículo 860.
(5) Artículo 866.
(6) Artículos 1207 á 1211.

se establece entre ascendientes y descendientes y requiere ser expresada en el testamento y probada (1).

El código *Peruano*, como los anteriores, sólo la establece entre ascendientes y descendientes, requiriendo justa causa, testamento y prueba. Se extingue por la reconciliación entre ofensor y ofendido (2).

Para el código de *Colombia* sólo existe entre ascendientes y descendientes, requiriéndose justa causa expresada en testamento y prueba (3).

La revocación, para que surta efecto, debe ser expresa y hecha en el mismo testamento ; la reconciliación no basta (4).

El código *Venezolano* no dedica título especial á esta materia.

Se aplican las causas de indignidad, que son seis (5), á las sucesiones intestadas y á las testamentarias (6) se establece entre ascendientes y descendientes.

El código *del Salvador* sólo la aplica á los descendientes y ascendientes (7).

(1) Artículos 514 á 520.
(2) Artículos 838 á 845.
(3) Artículos 1265 á 1267.
(4) Artículo 1269.
(5) Artículo 683.
(6) Artículo 709.
(7) Artículo 1179.

Se requiere testamento y prueba de la justa causa (1).

La reconciliación la revoca (2).

El código de *México* no tiene título especial de desheredación. Entre las causas de indignidad se expresan algunas de las que nuestro código reconoce como de desheredación (3).

Una de estas causas dice : que el cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio durante la vida del otro, ó que estuviese divorciado y hubiese dado causa al divorcio, si se trata de la sucesión del cónyuge difunto es incapaz de adquirir por testamento ó *ab intestato* (4). Esta es una especie de desheredación que no admite reconciliación, pues ni en el caso de ser instituida en testamento, que supone reconciliación, se le permite entrar á la sucesión.

(1) Artículos 1180 y 1181.
(2) Artículo 1182.
(3) Artículo 3291.
(4) Artículo 3291, inciso 3°.

CAPÍTULO IV

DONACIONES INOFICIOSAS

I. HISTORIA. *Egipto*. Opinión de Furgole. *Hebreos*. Disposiciones de sus leyes sobre donaciones. El Eclesiástes. La dote. *India*. Legislación sobre donaciones. *Grecia*. Esparta y su organización social. Leyes de Licurgo. Reforma de Epítades. Atenas. Leyes de Dracón y de Solón. *Roma*. Las XII Tablas. Diversas clases de donaciones. Ley Cincia. ¿Siendo una ley imperfecta cómo se hizo obligatoria? Donaciones entre esposos. *Donatio propter nuptias*. Diferencia entre la simple y la que se hacía *interviniente osculo*. La dote. Sus diversas clases. Igualdad establecida entre la dote y la *donatio propter nuptias*. Inoficiosidad de las donaciones. *Querela inofficiosæ donationis é inofficiosæ dotis*. Opiniones de Vinnio. *Los Bárbaros*. Dificultad que presenta el estudio de su legislación. Donaciones entre vivos y testamentarias. Donaciones matrimoniales. *Pretium virginitatis*. *Maritagium*. Donaciones entre esposos. *Morgengabe*. Diversas clases de donaciones establecidas por la ley de los visigodos, de los lombardos, etc. La ley Sálica y la inoficiosidad de las donaciones entre esposos. Opinión de Pardessus. Carta del conde de Ængelbert. *Edad media*. Donaciones ante nupciales. Donaciones entre esposos. Assises de Jerusalem. Inoficiosidad de las donaciones. — II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Definición de la donación según nuestro Código. Inoficiosidad de las donaciones. ¿Cuándo se considera inoficiosa la donación hecha por el esposo á la esposa? Diversos casos que pueden presentarse. Solución. — III. LEGISLACIÓN COMPARADA AMERICANA. Disposiciones contenidas en el Código del *Uruguay* sobre las donaciones y su inoficiosidad. Código del *Paraguay*. Legislación *Peruana*. Disposiciones de los códigos de *Chile*, *Bolivia*, *Colombia*, *Venezuela* y *Méjico*.

I

Las donaciones, consideradas como uno de los medios de manifestar la afección de una persona hacia otra, han sido permitidas desde la más remota antigüedad por todas las legislaciones y han ocupado en la historia de las leyes un puesto muy anterior á las sucesiones, pues mientras éstas se encuentran embrionarias en las sociedades primitivas aquéllas han alcanzado un desarrollo casi completo.

No pretendamos encontrar un verdadero límite al derecho de donar en los primeros tiempos, porque eso sería reconocer un derecho sucesorio perfecto, en que estuviesen establecidos los principios que sobre legítima forzosa nos rigen hoy día.

Las donaciones, como casi todas las instituciones jurídicas, no alcanzan á su completo desarrollo sinó en Roma, cuando sus célebres jurisconsultos se dan cuenta de los verdaderos principios que las rigen, y los elevan á la categoría de leyes.

El límite marcado á las donaciones, en beneficio de ciertos herederos, no lo encontramos bien determinado hasta llegar á la época romana.

Pero como decíamos, las donaciones, por el contrario, son de uso general en toda la antigüedad.

Según nos enseña Furgole (1), en *Egipto,* fueron conocidas las donaciones no sólo entre vivos sino también las testamentarias y fué allí donde los *hebreos* aprendieron á usarlas.

La legislación de Moisés no sólo reconoció como legítimas las donaciones, sino que estableció un orden bastante racional de sucesiones (2) que se encontraba vinculado con el derecho de hacer liberalidades.

Pastoret (3) afirma que el derecho de primogenitura que establecía el Deuteronomio no podía ser menoscabado por el padre por medio de donaciones á extraños ó á los otros herederos, como asimismo que las donaciones universales por causa de muerte eran nulas, siendo permitidas tan sólo las particulares.

Como caso bien conocido de donación entre esposos, citaremos la que hizo Manasés á su muerte á su esposa Judith.

Entre las disposiciones del *Eclesiastes* (4) encontramos algunas relativas á las donaciones entre vivos hechas por el esposo á la esposa.

(1) *Des testaments,* número 17.
(2) Números 8, 9, 10, 11, capítulo 27.
(3) *Histoire de la Législation*, tomo 4, páginas 378 y siguientes.
(4) XXIII, 20, 22, 24.

La misma dote, dada por el marido, que establecía la ley de Israel, es una donación, que tenía un límite determinado, pues se había fijado en cien zuzins para las viudas y doscientos para las solteras (1).

La legislación *India* establece también alguna limitación á la facultad de donar entre cónyuges, pues hemos visto (2), al estudiar la sucesión del cónyuge, que su porción hereditaria se reducía á la mitad si había recibido en vida donaciones del marido.

Las liberalidades que el padre podía hacer á sus propios herederos ó á extraños eran limitadas, y así partiendo del principio establecido en el Manú que los hijos son condóminos con el padre de los bienes que éste adquirió de sus antepasados, se concluía que no podía enajenarlos sin permiso de aquellos. Y aún de las adquisiciones propias del padre no podía hacer liberalidades ilimitadas, pues debía tener en cuenta la subsistencia de la familia (3).

En *Grecia* los dos centros de riqueza y civilización son *Atenas* y *Esparta*.

Entre los *Lacedemonios* existió durante largo tiem-

(1) ALONSO, *La Familia*, página 225.
(2) Capítulo I.
(3) BOISSONADE, *Histoire de la reserve héréditaire*, páginas 28 y siguientes.

po un régimen comunal absoluto en que la propiedad desapareció casi completamente.

Sin propiedad no puede existir donación, pues la donación no es otra cosa que uno de los medios de transferir la propiedad.

Con semejante sistema social no debe extrañarnos que una de las leyes de Licurgo dispusiera: *Donare aliquid de suo nemini permittatur.*

Licurgo se propuso con el rigor de sus leyes destruir el amor á las riquezas y la desigualdad de las fortunas; pero, como dice Pastoret (1), el amor á las riquezas y la desigualdad de las fortunas debían terminar por destruir la constitución que por tanto tiempo las había rechazado y la expulsión debía ser tanto más fuerte, como firme había sido la mano que las había impuesto, y así después de la conquista de Atenas vemos á Epítades, el suavizador de las leyes Espartanas, permitir á todo ciudadano dejar su herencia y su casa á quien quisiera, ya fuese por donación entre vivos ó por testamento.

Plutarco, citado por Dalloz (2), explica la amplitud de esa ley por el resentimiento existente entre Epítades y su hijo, viniendo así con esa disposición á impedir que lo heredase.

(1) *Histoire de la législation*, tomo 6, páginas 67 y siguientes.
(2) *Repertoire*, tomo 16, página 9.



Atenas fué seguramente el foco de la civilización griega, y sin embargo, sus primeras leyes dictadas ó recogidas por Dracon revisten un carácter de barbarie y una dureza que parecen incompatibles con el progreso del pueblo que regían.

Es necesario llegar á la época de Solón para encontrar un sistema verdaderamente jurídico en la legislación Ateniense.

Las donaciones fueron permitidas por la legislación de Solón y según nos enseña Plutarco (1) podían ser á título universal si el donante no tenía hijos, lo que nos hace suponer que alguna restricción existía en el caso contrario.

La constitución de dotes, á pesar de haber sido prohibidas por Solón, á causa de su inmoralidad, estuvieron en uso y fueron verdaderas donaciones que terminó la ley por reconocer y fijarles un límite.

La dote era una donación ante nupcial, hecha por el novio á la novia cuando por primera vez descubría ante él su rostro (2), y cuyo monto no podía exceder según Pastoret de quinientas dracmas (3).

La esposa recibía además otra donación del esposo

(1) *Vida de Solón*, número 28; DALLOZ, *Répertoire*, tomo 16, página 10.
(2) BOISSONADE, *Op. cit.*, III.
(3) *Op. cit.*, tomo 6, página 418.

que no tenía límite fijo á juzgar por el silencio de los textos.

Esta donación la hacía el esposo en la mañana siguiente al matrimonio, á semejanza del *morgengabe* de los bárbaros.

Según el parecer de Cujas estas eran las únicas donaciones permitidas entre esposos.

La legislación *Romana* consignada por los *decemviros* en las XII Tablas, decía en su tabla V: *Pater familias uti legassit super pecuniâ tutela ve suæ rei ita jus esto*.

Semejante disposición consigna la más ámplia libertad de donación testamentaria; las entre vivos eran igualmente permitidas y no reconocían límite.

Las disposiciones testamentarias tenían entre los romanos fuerza de ley y como tal era lícito á un padre de familia dejar sus bienes á un extraño en detrimento de sus propios herederos.

Las donaciones que reconocía la ley romana eran de tres clases: *dando,* si se entregaba alguna cosa ó un derecho gratuitamente á otro; *liberando,* si se le eximía del pago de una deuda ó gravámen; y *promittendo,* obligándose hácia el donatario.

En los primeros tiempos de Roma hemos visto que la facultad de hacer liberalidades era ilimitada.

En el año 550 de Roma, el tribuno M. Cincius Alimentus hizo dar un plebiscito fijando un máximun á las donaciones cuyo monto según Maynz (1) es desconocido; pero que para algunos autores era de 20.000 sestercios.

Esta ley fué llamada *imperfecta,* por carecer de sanción; sin embargo, la jurisprudencia acordó diversas excepciones al donante á fin de que fuera respetada, pudiendo emplearse en ese sentido para las donaciones hechas *promittendo, la exceptio legis Cinciæ, la in factum exceptio,* ó repetir por la *condictio indebiti;* las donaciones hechas *liberando* era generalmente irrevocables, salvo si en la cesión de créditos se intentaba antes de la *litis contestatio*; las donaciones hechas *dando,* si el donante había hecho tradición de una *res mancipi* sin manciparla, eran protejidas por la *replicatio legis Cinciæ,* que en ningún caso se acordaba si la cosa había sido mancipada; pudiendo además ocurrir al *interdictum utrubi,* si la cosa era mueble, pues en ese caso el pretor acordaba la posesión al que en el año anterior al proceso hubiera poseido por más largo tiempo la cosa.

Todas estas excepciones eran personales, no pasando por tanto á los herederos.

La ley Cincia estuvo en vigencia hasta los tiempos

(1) *Op. cit.*, tomo II, página 424.

de Constantino, pero se hicieron tantas excepciones á su aplicación que ya en los tiempos de Antonio Pío se hallaba casi derrogada (1).

Concretándonos á las donaciones entre esposos debemos distinguir dos casos, el de matrimonio libre y el de matrimonio con *manus*.

En el segundo caso es imposible encontrar donaciones entre esposos, desde que la mujer *in manu* carecía de bienes propios, y si algo adquiría era adquirido no para ella sinó para su esposo, que absorbía jurídicamente su personalidad.

En el matrimonio libre se prohibieron desde los primeros tiempos de Roma tales donaciones, y así nos dice Ulpiano (2): *Moribus apud nos receptum est, ne inter virium et uxorem donationes valerent;* teniendo tal disposición por objeto evitar que un cónyuge despojase al otro de sus bienes por medio de ternuras.

A pesar de la prohibición citada existe un caso en que la donación es válida y es aquel en que el cónyuge donante muere sin haberla revocado, esta excepción fué permitida por un senado-consulto del tiempo de Caracalla (3).

(1) MAYNZ, *op. cit.*, párrafo 253.

(2) VIII, 1.

(3) MAYNZ, *op. cit.*, tomo 3°, párrafo 317; ORTOLAN, *Instituciones de Justiniano*, tomo 1°, página 440

Existía otra especie de donaciones entre desposados que eran, no sólo permitidas, sino protegidas por la ley: eran estas las *donationes ante nuptias,* así llamadas por que sólo podían hacerse antes de celebrado el matrimonio.

Justiniano, en sus *Instituciones*, las llama *propter nuptias,* porque siempre tenían lugar con ocasión de las nupcias, y sólo se confirmaban con la celebración del matrimonio, salvo el caso en que los esponsales se hubieran contraído solemnemente, es decir, *interveniente osculo*, dándole el novio un beso á la novia ante testigos, que generalmente eran los parientes de aquellos. En semejante caso la mitad de la donación ante nupcial pasaba á la novia ó á sus herederos, según la opinión de Rivier (1) aún en el caso que el matrimonio no se celebrase por muerte del desposado.

Las donaciones *propter nuptias* se introdujeron en el derecho romano á fin de favorecer en algo á la mujer que á la muerte del marido se encontraba casi siempre en situación precaria, por lo escaso de sus derechos hereditarios (2), y para establecer la igualdad entre cónyuges, pues no era justo que se exijiere á la esposa, por la ley *Julia*, llevar indefectiblemente dote al matri-

(1) *Droit de famille romaine,* 1891, página 219.
(2) RIVIER, *op. cit.*, página 215.

monio (1) por razón de interés público. *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*, como dice Ulpiano, y se eximiere de toda donación al esposo.

La dote dada por la desposada fué muy anterior á la *donatio propter nuptias*, según nos enseña Ortolan (2), y su desarrollo se halla íntimamente ligado al de aquella.

La dote es una verdadera donación (3) hecha por la novia á su futuro esposo, cuyo origen, al parecer del erudito jurisconsulto italiano Raffaello D'Ancona (4) no se encuentra en la ley de las XII Tablas, sinó recién en el siglo VI de Roma.

Podía darse por el padre ó abuelo de la desposada ó por un tercero y aún en ciertos casos por la misma desposada.

(1) Para D'Ancona no se puede deducir tal objeción de la ley 32, párrafo 2º, Digesto, pues era sólo una obligación moral.

(2) *Op. cit.*, página 446, tomo 2º.

(3) *Dos*, quiere decir *donación* y tal es la opinión de Rivier y otros; sin embargo, Raffaelo D'Ancona, consagra un capítulo de su obra, *Il concetto della dote nel diritto romano*, páginas 136 á 160, para demostrar que la dote no es una donación, basado principalmente en la ausencia de *causa lucrativa*, pues no puede considerarse tal el *matrimonii oneri ferendo*.

Nos inclinamos á creer la opinión contraria, por el hecho de revestir la dote todos los caracteres de la donación y ser el *matrimonii oneri ferendo* más bien un pretesto para su constitución. Esta causa es también común á la *donatio propter nuptias*, á quien nadie les negará tal carácter.

(4) *Il concetto della dote nel diritto romano.*

Cuando era dada por el padre ó abuelo tomaba el nombre de *profecticia* (*quæ a patre profiscitur*). En los demás casos se llamaba *adventitia* (*quæ aliunde advenit*).

Los modos de constituirse eran tres, como nos dice Ulpiano (1): *Dos, aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Más tarde Justiniano permitió constituirla por simple pacto *pollicitatio* en vez de por *dictio*.

La dote sufrió una evolución completa desde los primeros tiempos de Roma hasta la época del Bajo Imperio; así, propietario al principio de ella el marido, fué poco á poco restringiéndose su domonio por la *actio rei uxoriæ* y la *retentio propter liberos*, que le obligaban en el primer caso á devolverla á la mujer si había disolución de matrimonio y á retener una parte de ella en favor de los hijos en el segundo; luego Augusto prohibe la enajenación de los inmuebles dotales, y más tarde Justiniano, después de establecer en favor de ella hipoteca legal sobre los bienes del marido, lo convierte en un simple usufructuario.

Las donaciones *propter nuptias*, tenían por objeto, lo mismo que la dote, ayudar á sostener las cargas del matrimonio, *ad ferenda matrimonii onera*, y debían constituirse antes de la celebración de aquel, por la

(1) Reg. 6, párrafo 1.

prohibición que existía de hacerse liberalidades los esposos; sin embargo, ya en tiempo de Paulo era permitido aumentar ó constituir la dote durante el matrimonio, y Justiniano siguiendo esta práctica establece igual disposición en sus institutas para las *donaciones propter nuptias*.

Exactamente las mismas disposiciones que existían y hemos expuesto para la dote estuvieron en vigencia para las donaciones que estudiamos.

A fin de evitar las injusticias que podían ocurrir á causa de las convenciones hechas entre esposos y tendentes á modificar los efectos y el régimen de los bienes matrimoniales, se dictaron diversas leyes.

En el año 468, León y Anthemius establecieron en una constitución que las ganancias que tuviese el marido en la dote sería la medida de las de la mujer en la donación, pero la igualdad era en la cuota y no en la cantidad, y no establecía reglas para el caso de desigualdad entre una y otra donación. Justiniano salvó esta dificultad disponiendo que se tomase por base la donación menor para obtener la igualdad de cuotas (1) y que esta igualdad sería de sumas y valores (2).

A pesar de estas disposiciones quedaron muchos de-

(1) Novela XXII, capítulo XX.
(2) Novela XCVII, capítulo I.

talles sin legislar que están expuestos y tratados en la obra de Boissonade (1).

En cuanto á la inoficiosidad de las diversas clases de donaciones expuestas, tenemos que reconocer entre los romanos una legislación tan adelantada como la que rige actualmente en los países civilizados.

La primera constitución dada en Roma sobre donaciones inoficiosas es, según la opinión de Maynz (2), la de Felipe el Arabe, de *inofficiosis donationibus*.

Dos acciones acordaron las leyes al heredero atacado en su legítima por donaciones de su causante y que responden á las dos clases de liberalidades estudiadas anteriormente.

Son estas acciones la *querela inofficiosæ donationis* é *inofficiosæ dotis*.

Ambas eran acordadas únicamente á los herederos forzosos y sólo en el caso que sus legítimas estuvieren menoscabadas por causa de donaciones hechas en vida por el causante, y con el objeto, como dice Arnoldo Vinnio (3), de *evitar la querella inofficiosi testamenti*.

El efecto que producen tales acciones es el de hacer reducir, tanto las donaciones como la dote constituida,

(1) *Droits de l'époux survivant*, páginas 49 á 61.
(2) *Op. cit.*, tomo III, página 433, nota 1ª.
(3) *Cuestiones selectas*, tomo 2, página 772.

hasta tanto se encuentren cubiertas las legítimas de los demandantes.

Estas acciones fueron creadas á semejanza de la *querela inofficiosi testamenti*, pero no revisten el carácter injurioso de aquella.

Para terminar esta reseña de las donaciones entre los romanos, diremos con Arnoldo Vinnio (1) que las donaciones comunes ó ante nupciales no se revocan por la superviniencia de hijos. El mismo autor resuelve el debatido punto de si la *querela inofficiosæ donationis* revoca ó sólo reduce las donaciones, en el segundo sentido (2), apoyándose en textos precisos de las leyes romanas.

La época *Bárbara*, así como la feudal, son los dos grandes escollos de la historia del derecho.

Epocas de fusión y de formación, todo en ellas tiene que ser obscuro; épocas de lucha y de revolución social, puede decirse que no hubo tiempo ni espíritu para reglamentar detalladamente las instituciones jurídicas.

Pueblos hasta cierto punto nómades, si se permite la expresión refiriéndose á los bárbaros, llevaban consigo sus costumbres y su aplicación no correspondió al Estado sino á la familia como nos enseña Gide.

(1) *Cuestiones selectas*, tomo 2, página 769.
(2) Página 773.



Invasores, los bárbaros aceptan en medio de su conquista algunas leyes del vencido y forman de esta manera un derecho extraño y confuso que se dividió y subdividió en tantas modalidades diferentes cuantas fueron las tribus que componían la masa invasora.

No es extraño, pues, que al tratar ese período histórico en nuestro trabajo se encuentren reflejadas las dudas y ambigüedades que los mismos maestros de la ciencia traen en sus monumentos científicos.

Las donaciones entre vivos fueron seguramente permitidas entre los Bárbaros desde sus primeros tiempos.

En cuanto á las testamentarias los autores se inclinan á creer, siguiendo á Tácito (1), que su uso no fué conocido por los Bárbaros por ser desconocido entre ellos el testamento, y que recién en los tiempos de Carlo Magno llegó á ponerse en práctica de una manera general esta institución (2).

Hemos visto que las donaciones entre esposos son de dos clases, ante y post nupciales.

Entre los Bárbaros no cabe duda que fué una institución general la donación ante nupcial que muy á menudo tomaba el nombre de *dote,* aunque era dada tanto por el novio como por la novia.

(1) *Germ.*, XX.
(2) BOISSONADE, *Histoire de la reserve héréditaire*, página 186.

La dote del marido que, según la opinión general, no era otra cosa que el precio de compra de la esposa, aunque para nosotros siguiendo las teorías de Bimbenet (1) no representa tal cosa, era dada al principio por el esposo á los parientes de la mujer y más tarde á ella misma.

Estas donaciones parece que no tenían un límite fijo cuando se hacían por convención entre los parientes de la mujer y el marido; pero si lo tenían en caso contrario. Así, para la ley Ripuaria era de 50 solidi, para los Alemanes de 40; para los Visigodos era del décimo de los bienes del marido; para los Lombardos de 300 solidi etc. (2).

La dote de la mujer, llamada según algunos autores *maritagium*, consistía generalmente en armas y dinero, que aquella entregaba á su futuro.

Esta donación no tenemos por qué estudiarla, pues fué reglamentada de una manera análoga á como lo hizo la ley Romana que acabamos de estudiar.

Pasando á examinar las donaciones entre esposos que reconocían los Bárbaros nos encontramos que eran de dos clases: una de ellas, de uso general y quizá ineludible, el *morgengabe*, y la otra, las donaciones hechas en

(1) Eugenio Bimbenet, *Nouvelles recherches sur l'état de la femme*. Artículo públicado en la *Revue critique de législation et de jurisprudence*.

(2) Boissonade, *Droits de l'époux survivant*, páginas 134 y siguiente.



el curso del matrimonio, que parecen ser de uso restringido y conocidas sólo entre algunas tribus.

El *morgengabe,* como su nombre lo indica, era la donación que el esposo hacía á la esposa en la mañana siguiente al matrimonio. Según la opinion de Michelet (1) esta donación tenía un límite fijo en las diversas tribus: entre los Visigodos era del décimo de los bienes del esposo, entre los Lombardos el cuarto y entre los Francos el tercio.

En algunas tribus tales donaciones recibían el nombre de *bankgabe,* porque la esposa debía acompañar en el lecho y en el banco á su marido.

En Francia se llamaba *osculum, oscle,* porque siempre era acompañado de un beso, según la opinion de Ducange.

Si la esposa era viuda el *morgengabe* tomaba el nombre de *abendgabe.*

Si el *morgengabe* consistía en propiedad ó en usufructo es cuestión debatida y aún no resuelta; pero nos inclinamos á creer que consistía en propiedad, como opinan Laferière, Klimrot y otros, basándonos en los propios términos que componen esa palabra (2).

En cuanto á las otras liberalidades que los cónyuges

(1) *Origine du droit français*, pagina 46.

(2) *Gabe* quiere decir *donación,* esto es transferencia de propiedad.

pueden hacerse en el curso del matrimonio existen diferencias notables entre las costumbres de unas tribus y otras. Así, la ley lombarda prohibía toda donación entre esposos que no fuera dote ó *morgengabe*.

La ley de los Visigodos prohibía al esposo hacer donaciones á la esposa durante el primer año de vida conyugal, permitiéndolas después.

La ley Sálica parece que permitía á un cónyuge hacer donaciones al otro durante todo el curso del matrimonio (1).

Cuestión árdua es saber cuál era el límite de estas donaciones, sin embargo nos parce que no debía ser distinto del de las demás donaciones, es decir, que para el *Papiano* ó *Lex Romana Burgundionum*, era de tres cuartos de los bienes, si el donante tenía descendientes; para la ley Visigoda podían ser ilimitadas las donaciones de aquel que no tuviera hijos y de un tercio en caso contrario.

La ley Sálica es obscura en esta materia. Pardessus aunque reconoce (2) que no existían en esa ley principios que rigieran la legítima, se inclina á creer que tanto las donaciones como los legados debían tener un límite, basándose en un testamento del año 680 que

(1) BOISSONADE, *Droit de l'époux survivant*, página 153.
(2) *Loi salique*, página 721.

establece una donación entre esposos y habla de la cuarta Falcidia.

Una carta del conde de Ængelbert del 709 parece, contrariando las ideas de Pardessus, indicar como sistema imperante en aquella época, la libertad absoluta de donar. Ella dice: *Dum leges et jura sinunt et conventio Francorum est ut de facultátibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeam potestatem* etc.

Ante la claridad de estos términos no puede caber duda sobre el régimen de las donaciones establecidas por los Francos.

Como hemos dicho, la *Edad media* no es menos confusa en su legislación que la Bárbara.

Cada feudo tenía su propia legislación, sus propias costumbres y sus propios estatutos.

No pretendemos tratar detalladamente una de esas legislaciones, porque sería tarea árdua, cuando los mismos autores que tratan esta materia no se entienden, y porque, por otra parte, saldría de nuestro plan semejante estudio. Diremos únicamente dos palabras sobre las donaciones entre esposos, siguiendo á Boissonade.

Antes del matrimonio continuaron siendo permitidas las donaciones entre desposados, la dote y el *morgengabe,* aunque variando de nombre en las diversas lo-

calidades. Estas dos especies de liberalidades han sido y son permitidas por todas las legislaciones.

Las donaciones entre esposos, fueron también permitidas ; pero con caracteres particulares según las costumbres del lugar en que se estudien.

Los *Assises* de *Jerusalem* prohibían que el esposo hiciera donaciones á la esposa durante el matrimonio ; pero permitían hacerlas á la esposa.

Los *Etablissements* establecían una disposición contraria : la prohibición de efectuar liberalidades era únicamente para la esposa.

En cuanto á la inoficiosidad de tales liberalidades, no hemos encontrado en los autores consultados un texto preciso que la señale.

La cuestión, por otra parte, no es susceptible de una solución absoluta, puesto que depende de la existencia y monto de la legítima, que, como sabemos, era variable en las diversas clases sociales, nobles, siervos ó villanos, y variaba también de un lugar á otro.

Las *costumbres de París* prohiben las donaciones recíprocas entre esposos existiendo hijos en el matrimonio ; pero no en el caso contrario.

En cuanto á las donaciones *mortis causa* eran permitidas por casi todas las costumbres ó estatutos.

II

Después de haber pasado en revista las legislaciones antiguas estudiaremos los principios de nuestro Código á fin de resolver la materia de las *donaciones inoficiosas* entre cónyuges.

Nuestro Código establece en su artículo 1789 que «habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad gratuitamente á otra la propiedad de una cosa».

No nos detendremos á estudiar los caracteres y efectos de las donaciones, porque eso sería salir de nuestro plan, y haremos notar únicamente que si bien las donaciones son una emanación del derecho ámplio y extenso de propiedad, no por eso debe creerse que puedan ser ilimitadas. La ley en interés de ciertas personas, los herederos del donante, restringe el derecho de donar, restringiendo á la vez el derecho de propiedad. Restricción suave que de ningún modo puede titularse arbitraria, desde que se basa en el derecho y las leyes naturales. Restricción tan natural como la que establece las sucesiones. Es basándose en esos principios que nuestro Código fija límites á las donaciones y esta-

blece en su artículo 1830 que se reputa inoficiosa «aquella cuyo valor excede la parte de que el donante podía disponer».

Nos concretaremos á estudiar en este capítulo «cuándo se considera inoficiosa la donación hecha por el esposo á la esposa en las convenciones matrimoniales».

El Código Civil permite (1) que el esposo, antes de celebrarse el matrimonio, pueda hacer donaciones á su esposa por convención matrimonial, y prohibe expresamente que estas donaciones se hagan una vez celebrado el matrimonio (2), como también que las donaciones ante nupciales sean hechas por la esposa (3), y esto á fin de impedir que se relaje la base verdadera del matrimonio — el amor — y que la mujer sufra espoliaciones de su marido, como lo dice el mismo codificador en su brillante nota al título *De la sociedad conyugal.*

Aunque entre nosotros sea, por fortuna, letra muerta el capítulo de las convenciones matrimoniales y las disposiciones que contiene, gracias á la pureza que hasta ahora existe en nuestras costumbres, es sin embargo, una prudente valla opuesta por el legislador, al avance de la corrupción europea.

(1) Artículo 1217, inciso 3°.
(2) Artículos 1807 y 1820, inciso 1°.
(3) Artículo 1231.

Entrando en la investigación de la inoficiosidad de las donaciones hechas por el esposo á la esposa tenemos que convenir, de acuerdo con las disposiciones legislativas, que aquellas no tienen ni pueden tener un límite fijo, es decir, que dichas donaciones tienen que ser variables en los diversos casos que pueden presentarse. Esto mismo expresa Marcadé (1) al comentar uno de los artículos concordantes del Código francés, fuente del nuestro.

El marido que es el que puede hacer donaciones á su esposa puede hallarse en estas diversas situaciones en el momento de hacerlas por convención: 1° sin existir los padres ni tener hijos naturales; 2° existiendo sus padres y teniendo hijos naturales; 3° existiendo los padres pero sin tener hijos naturales; 4° existiendo hijos naturales pero no los padres.

En cuanto á los hijos legítimos no hay que considerarlos, pues las donaciones á la esposa sólo son permitidas antes de la celebración del matrimonio. El caso de segundas nupcias lo trataremos separadamente.

En el primer caso, no existiendo padres ni hijos naturales, la donación del esposo á la esposa podrá ser ilimitada, podrá alcanzar al total de sus bienes, pues no

(1) *Explications du Code Napoleon*, tomo IV, párrafo 334.

teniendo que respetar legítima alguna, puede disponer ámpliamente de su propiedad ya sea á título gratuito ú oneroso (1) con tal que se reserve el usufructo de los bienes donados ó una porción conveniente para subvenir á sus necesidades y tenga por objeto únicamente los bienes presentes, pues es prohibido hacer donaciones de bienes futuros; si se hicieren serían nulas en cuanto á dichos bienes (2).

Y no puede objetarse que la próxima existencia del matrimonio pueda limitar en algo el derecho de gozar de ella extensamente al futuro cónyuge, por el hecho de que la prole sea generalmente una consecuencia del matrimonio y haya que preocuparse de su porvenir; no, la ley no puede de ningún modo poner trabas en semejante caso, porque sería lo mismo que restringir el dominio por meras presunciones, lo que sería contrario á su propia esencia y á las propias disposiciones legislativas que establecen amplia libertad para disponer de él por actos entre vivos (3). Nos parece que la doctrina de nuestro Código respecto á este punto expresada en el artículo 1232 es la que dejamos expuesta anteriormente. En efecto, dicho artículo tiene por fuente, como en el mismo

(1) Artículo 2513.
(2) Artículo 1800.
(3) Artículos 2513 final y 2514.

se expresa, los artículos 1090 y 1527 del Código francés. Marcadé (1) comentando uno de las concordantes (2) del último de dichos artículos dice: que las convenciones matrimoniales son consideradas como actos á título oneroso y que cualquier cláusula relativa á la transferencia de bienes debe considerarse simplemente como una cláusula del contrato de sociedad y no como una donación; y refiriéndose á la superviniencia de hijos en el matrimonio indica perfectamente que aquellos nada sufrirán por las liberalidades efectuadas entre sus padres desde que « lo que pierden en la sucesión de uno de ellos, es para entrar en un patrimonio del cual son igualmente herederos » (3).

Existiendo padres é hijos naturales, este caso, aunque no está expresamente resuelto en nuestro Código, fácil nos parece deducirlo de la combinación de los artículos 3594 y 3580 ; encontrada por la combinación de los artículos citados, la legítima de los hijos naturales en concurrencia con ascendientes legítimos, tendremos encontrada á la vez la porción de que puede libremente disponer el testador en dicho caso, y como consecuencia encontrado tambien el límite de las donaciones irre-

(1) Página 665, tomo V.
(2) Artículo 1496.
(3) AUBRY ET RAU, página 254, tomo 7.

vocables y de las inoficiosas, desde que aquél no es otro que el mismo que existe entre la porción disponible y la legítima.

Trataremos, pues, de encontrar dicho límite. El artículo 3594 fija como legítima de los ascendientes dos tercios de sus bienes de la sucesión, ordenando á la vez que en su distribución se observe lo establecido en el artículo 3580 que dice: que si quedasen ascendientes legítimos los hijos naturales dividirán con ellos la herencia tomando la mitad, cualquiera que sea el número de los ascendientes ó de los hijos naturales. Seguramente la mitad á que se refiere este último artículo es la de los dos tercios de los bienes de la sucesión de que habla el anterior, y no como parece á primera vista de la lectura del artículo 3580 que propiamente no existe porción disponible en el caso expresado y que los hijos naturales heredan la mitad de la herencia heredando los ascendientes la otra mitad. No, este artículo está claramente restringido en su interpretación por el 3594 que fija en dos tercios de la herencia la legítima, debiendo dividirse de acuerdo con el artículo antes citado, es decir, la mitad de esos dos tercios entre los hijos naturales y la otra mitad entre los ascendientes.

Se deduce de lo expuesto que la porción disponible en este segundo caso es de un tercio de la herencia, y

por tanto es también ese tercio el límite de las donaciones que el futuro esposo puede hacer á su futura sin ser inoficiosas.

Existiendo ascendientes pero no hijos naturales, las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales no pueden exceder, como en el caso anterior, de un tercio de los bienes del donante, so pena de considerarse inoficiosas, pues el artículo 3594 indica que la legítima de los ascendientes es de dos tercios de la herencia. No pueden, pues, existir dudas en el presente caso sobre el límite permitido á las donaciones.

Existiendo hijos naturales pero no ascendientes, el caso no puede dar lugar á duda alguna, se halla expresamente determinado en el artículo 3596 de nuestro Código, que establece que no teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo ó viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que á su muerte queden. Luego la donación será inoficiosa únicamente si excede á la mitad de la herencia.

Resumiendo lo anteriormente expuesto tenemos: que nuestro Código ha establecido como principio general que las donaciones son inoficiosas cuando excedan de la porción disponible por el testador, pues es bien sabido que el límite de la donación inoficiciosa está fija-

do por el de la legítima, y siendo variable ésta, aquella debe también serlo ; que de acuerdo con esos principios será inoficiosa la donación hecha por el cónyuge en las convenciones matrimoniales cuando exceda el tercio de sus bienes si existen ascendientes, ya sea con hijos naturales ó solos, ó á la mitad si sólo existen hijos naturales, no teniendo límite fijo, es decir, pudiendo comprender todos los bienes si no existen ascendientes ni descendientes, con tal de reservarse el usufructo ó una porción de ellos.

Tócanos ahora investigar cuándo se considerará inoficiosa la donación hecha por el esposo á la esposa existiendo hijos de un precedente matrimonio.

Nuestro código tratando de salvaguardar los intereses de un primer matrimonio ha establecido la obligación de la reserva hereditaria (1) en favor de dichos hijos. Es decir que el padre ó la madre que contrae segundo matrimonio, teniendo hijos de uno anterior, debe reservar intacta la legítima que á dichos hijos corresponda en la sucesión del cónyuge muerto.

Deducida la reserva hereditaria de los hijos del primer matrimonio que es sagrada, podrá el cónyuge disponer de sus propios bienes en la misma forma que aca-

(1) Artículo 3590.

bamos de exponer para el caso que el cónyuge no fuera binubo.

III

Estudiaremos las diversas leyes que rigen las repúblicas de América á fin de apreciar las diferencias que existen entre ellas y nuestra legislación, y para poder apreciar también la generalidad de los principios que acabamos de exponer.

El código *Oriental* trata de las *donaciones* en tres capítulos de su segunda parte, primer título.

Las donaciones á título universal son prohibidas (1) salvo si el donante reserva una parte de sus bienes para su subsistencia.

Son consideradas como nulas aquellas donaciones que tengan por objeto bienes futuros.

El límite de las donaciones entre vivos está marcado por la ley en la misma cantidad que permite hacerlo por acto de última voluntad (2), es decir, salvando las legítimas de los herederos forzosos.

(1) Artículo 1586.
(2) Artículo 1587.

Las donaciones no se resuelven por el nacimiento de hijos al donante, salvo si así se hizo constar en la escritura correspondiente (1).

Las donaciones que tengan carácter de inoficiosas, hecho el cálculo de los bienes del donante á su muerte, se reducirán en cuanto al exceso á instancia de los herederos forzosos que hayan aceptado la herencia, ya sea pura y simplemente ó bajo beneficio de inventario (2). Esta reducción se hace en sentido inverso de las fechas en que hubieren sido hechas (3).

Las donaciones ante nupciales son permitidas (4) y no se revocan por ingratitud del donatario (5). Pueden ser á título universal, siempre que se hagan para tener efecto á la muerte del donante (6) y no se revocan por el hecho de existir hijos del matrimonio (7); pero no sucede lo mismo si los hijos que deja el donante son de un matrimonio anterior (8).

Es permitido á los esposos hacerse donaciones de los bienes presentes ó de los que dejaren á su muerte antes

(1) Artículo 1592.
(2) Artículo 1600.
(3) Artículo 1601.
(4) Artículo 1610.
(5) Artículo 1612.
(6) Artículo 1614.
(7) Artículo 1612.
(8) Artículo 1614.

de celebrar el matrimonio (1), siendo nulas si se efectúan una vez celebrado aquél (2).

Son inoficiosas para el Código Oriental las donaciones que excedan de la mitad de los bienes del donante, si éste tuviere sólo uno ó dos hijos legítimos á su muerte (3).

El mismo límite está fijado para el caso en que no existiendo descendencia legítima existan ascendientes ó hijos naturales (4).

Si sólo dejare hijos naturales el donante, se reputará inoficiosa la donación si excede de tres cuartos de sus bienes (5).

El Código del *Paraguay* sigue la legislación argentina.

El Código *Peruano* reputa nulas las donaciones que tengan por objeto bienes futuros (6) como asimismo las efectuadas entre esposos durante el matrimonio y las hechas en fraude de la legítima de los descendientes (7).

Las donaciones matrimoniales ó ante nupciales son

(1) Artículo 1617.
(2) Artículo 1618.
(3) Artículo 849.
(4) Artículo 849.
(5) Artículo 849.
(6) Articulo 589.
(7) Artículo 627.

permitidas y no se pueden revocar por causa de ingratitud (1).

Respecto á la inoficiosidad de las donaciones establece que se consideran tales las que exceden de un sexto de los bienes del donante, si éste tuviere descendientes, y los que excedan de un cuarto si sólo tiene ascendientes. No existiendo descendientes ni ascendientes, se puede disponer libremente del tercio de los bienes (2). Las donaciones contrarias á esas disposiciones son nulas en el exceso (3).

El nacimiento de hijos de donantes, revoca la donación (4). Salvo si ésta no excediera de un décimo de los bienes del donante (5).

En cuanto á las donaciones *mortis causa*, se establece que los ascendientes sólo pueden disponer de un quinto de sus bienes si á su muerte dejaren descendientes (6).

Los descendientes, muriendo en vida de sus ascendientes, disponen de un tercio de la herencia (7).

Los padres naturales que dejen á su muerte hijos

(1) Artículo 622.
(2) Artículo 592.
(3) Artículo 593.
(4) Artículo 612.
(5) Artículo 614.
(6) Artículo 696.
(7) Artículo 697.

naturales pueden disponer de un cuarto de sus bienes (1).

Los hijos naturales tienen como porción disponible dejando ascendientes un tercio de la herencia.

El capítulo XIII, libro III del código *Chileno* está consagrado á las donaciones entre vivos.

Las donaciones que excedan de dos mil pesos requieren insinuación para su validez (2).

Las donaciones entre cónyuges son permitidas antes de celebrado el matrimonio, debiendo hacerse constar en las capitulaciones matrimoniales (3). Celebrado el matrimonio, las donaciones que se hagan los cónyuges revisten el carácter de revocables, no requiriendo insinuación (4).

En las donaciones á título universal la ley exige que se haga un inventario de los bienes del donante (5) y que éste reserve una porción de bienes para atender á su subsistencia (6).

Esta clase de donaciones no pueden comprender nunca bienes futuros (7).

(1) Artículo 698.
(2) Artículos 1400 y 1401.
(3) Artículo 1406.
(4) Artículos 1000, 1137 y 1138.
(5) Artículo 1407.
(6) Artículo 1408.
(7) Artículo 1409.

Las donaciones no son revocables por la superviniencia de hijos al donante, á menos que así se hubiese convenido en la escritura respectiva (1).

Son revocables y se consideran inoficiosas aquellas donaciones hechas en detrimento de la legítima de los herederos forzosos (2).

El Código Civil *Boliviano* permite donar la mitad de sus bienes por acto entre vivos á aquél que no tenga ascendientes ni descendientes, limitando este derecho á un quinto de los bienes en el caso contrario (3).

La donación á título universal es prohibida, salvo si se hace con reserva de usufructo (4).

Es nula la donación que se hace con cláusula de irrevocable aún en el caso de superviniencia de hijos (5).

En cuanto á las donaciones ante nupciales sienta una teoría rara, que no podemos menos de criticarla, por la injusticia que encierra y por la desigualdad que establece entre los cónyuges favoreciendo manifiesta é inequitativamente al esposo; expresa esa disposición que la donación de futuro entre esposos no debe de exceder de

(1) Artículo 1424.
(2) Artículos 1187 y 1425.
(3) Artículo 653.
(4) Artículo 660.
(5) Artículo 661.

un octavo del valor de la dote, debiendo devolverse en caso que el matrimonio no se celebre (1).

Las donaciones entre esposos son nulas y sin efecto alguno (2).

La superviniencia de hijos al donante revoca las donaciones (3).

Para la legislación *Colombiana* son válidas las donaciones á título universal (4) siempre que el donante reserve lo necesario para su subsistencia (5) y no comprendan bienes futuros (6).

La superviniencia de hijos al donante no revoca la donación, salvo si así se hizo constar en la escritura respectiva (7).

En lo que se refiere á la inoficiosidad de las donaciones establece, como en las demás legislaciones que hemos estudiado, que son rescindibles si exceden de la parte de que el donante podía disponer, es decir, si atacan la legítima de los herederos forzosos (8).

La ley *Venezolana* prohibe, como lo hacen casi to-

(1) Artículo 662.
(2) Artículo 664.
(3) Artículo 673.
(4) Artículo 1464.
(5) Artículo 1465.
(6) Artículo 1466.
(7) Artículo 1481.
(8) Artículo 1482.

dos los códigos americanos, las donaciones entre esposos; pero si muriese el cónyuge donante sin revocarlas son válidas (1).

Son también prohibidas las donaciones de bienes futuros, pero no las á título universal, siempre que el donante reserve lo necesario para su subsistencia (2).

El nacimiento de hijos al donante revoca la donación (3).

Las donaciones son inoficiosas y reductibles si atacan la legítima de los herederos (4).

Las donaciones ante nupciales son permitidas y se imputarán al cónyuge sobre su legítima junto con las post nupciales y los legados (5).

El Código civil *Mejicano* sancionado recientemente en 1884 establece verdaderas innovaciones en cuanto á las sucesiones forzosas, que, como es natural, repercuten sobre la inoficiosidad de las donaciones. Apartándose de los principios consagrados en casi todos los códigos americanos, establece un sistema que se aproxima mucho á la libertad de testar, pues sólo se reconoce á los

(1) Artículo 1005.
(2) Artículo 1015.
(3) Articulo 1026.
(4) Artículo 1035.
(5) Artículo 754.

herederos forzosos derecho á pedir alimentos sobre los bienes de la sucesión.

Estando fundada la inoficiosidad de las donaciones en la obligación de respetar la legítima de los herederos forzosos, ha sido consecuente el Código de Méjico al establecer que sólo son inoficiosas las donaciones en cuanto perjudiquen á la obligación del donante á suministrar alimentos á sus descendientes, ascendientes y cónyuge (1), que son aquellos herederos á quienes la ley les reserva ese derecho.

Las donaciones entre esposos son permitidas, ya sea por actos entre vivos ó de última voluntad, confirmándose á la muerte del donante, si no las ha revocado ó si no son inoficiosas, es decir, si no atacan la obligación de suministrar alimentos (2).

Estas donaciones no se revocan por superviniencia de hijos, pero la ley acuerda á los herederos perjudicados un derecho de reducción (3).

Las donaciones ante nupciales no puenen exceder de un sexto de los bienes del donante, siendo en el exceso inoficiosas (4).

Para calcular la inoficiosidad de tales donaciones se

(1) Artículo 2615.

(2) Artículos 2114 y 2115.

(3) Artículo 2118.

(4) Artículo 2100.

puede elegir el valor que tenían en el día en que se hicieron ó el que tenían á la muerte del donante (1).

Estas donaciones no se revocan por la superviniencia de hijos (2).

Los demás principios sobre donaciones son casi los mismos que hemos visto en las legislaciones que acabamos de estudiar. Así, son nulas las á título universal sin reserva de usufructo (3) y las de bienes futuros (4).

La superviniencia de hijos puede revocar las donaciones mayores de 200 pesos (5); si no se revocan deben reducirse, á menos que el donatario se obligue á suministrar alimentos al heredero forzoso (6).

(1) Artículo 2102.
(2) Artículo 2105.
(3) Artículo 2613.
(4) Artículo 2596.
(5) Artículo 2634.
(6) Artículos 2635 y 2652.

CAPÍTULO V

COLACIÓN

I. HISTORIA. ¿Qué es colación? Origen de la colación. ¿Por qué los autores que han escrito sobre colación no hacen su historia? ¿Existió en la antigüedad la colación? Razones que nos inducen á creer que fué desconocida de los pueblos antiguos. Régimen patriarcal. Qué significaba. La *patria potestad* y la *manus* imposibilitaban para adquirir bienes. ¿Existió en la *India* la colación? *Roma*. La *bonorum possessio* impuso como una necesidad la *colatio bonorum*. Reglamentación que hizo el Digesto de la colación. *Los Bárbaros*. Opinión de Pardessus sobre la legítima. Si el cónyuge debía colacionar. *Edad media*. Derecho romano y derecho germánico. *Legislación española*. Sus principios. — II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. *Principios generales que rigen la colación entre nosotros*. Entre quiénes es establecida. Renuncia de la herencia. Beneficio de inventario. Qué bienes están sugetos á colación. Representación. Dispensa. *Cuestión que suscita nuestro Código*. ¿Está obligada la esposa á colacionar? Nuestra opinión. Opinión del Doctor Pizarro. Error en que incurre el Doctor Segovia. — III. LEGISLACIÓN COMPARADA AMERICANA. Disposiciones de los Códigos del *Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela* y *Méjico*.

I

La *colación* es la obligación que incumbe al descendiente, al acudir á la herencia de un ascendiente, de

restituir, dentro de cierta proporción á sus coherederos ó á alguno de ellos las liberalidades que tiene recibidas del difunto antes de su muerte (1).

Esta definición, que es tomada del derecho romano, se aplica perfectamente y está en armonía con nuestras disposiciones sobre la materia, desde que según la nota del codificador al artículo 3477, ese derecho es su fuente.

Hacer la historia de la colación es aún más difícil que hacer la de la herencia, y acabamos de ver cuántas dudas y dificultades se presentan en aquella.

La colación si bien no puede asegurarse que tome su origen de la sucesión *ab intestato,* es muy probable que así sea, y parece seguro que haya acompañado siempre á la herencia forzosa.

Ninguna de las obras que hemos consultado se ocupa ni someramente siquiera de la historia de la colación desde su origen.

El Dr. Angel S. Pizarro en un erudito trabajo sobre *Mejora y Colación* presentado á la Facultad de Derecho de Buenos Aires, optando al concurso de la suplencia de la cátedra de Derecho Civil, se ocupa únicamente de investigar el origen de la legítima forzosa desde la ley

(1) MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, traducción de Pau y Ordiñas, tomo III, página 504.

de las XII Tablas, dejando completamente á obscuras lo relativo á la colación.

Indudablemente esa omisión responde á falta de fuentes verdaderas en que estudiar sus orígenes.

En tal circunstancia sólo nos atreveremos á hacer conjeturas más ó menos fundadas y deducciones lógicas á su respecto, que desprendemos de los pricipios generales estudiados en los autores que tratan de las instituciones antiguas.

Las leyes, de ningún modo pueden ocuparse de reglamentar lo inexistente. Siendo sus principios de un uso práctico y de una necesidad imprescindible para la organización y mantenimiento de la sociedad, no tendrían razón de ser si se preocuparan de establecer principios racionales ó doctrinas jurídicas inaplicables.

La colación ha sido probablemente desconocida de los antiguos ; recién en la época del Bajo Imperio Romano encontramos las reglas que debían regirla y que hasta ahora, con pocas modificaciones, nos rigen.

Si la colación no existió en la antigüedad fué debido seguramente á la constitución familiar de aquella época.

El régimen de la familia, tanto en los pueblos antiguos del oriente, como en los de occidente, como ates-

tiguan Sumner Main, Fustel de Coulanges, Boissonade, A. Charles, Gide y todos los autores que se han ocupado de investigar los orígenes de la humanidad, ha sido el *patriarcal*.

El régimen patriarcal presupone unidad en todo, su mismo nombre nos está expresando la potestad absoluta del jefe sobre los demás miembros de la familia, pues según Coulanges (1) la palabra *pater* era sinónima de *rex,* y llevaba en sí la significación no de paternidad, sino de potestad, autoridad y dignidad majestuosa.

En el régimen patriarcal el patrimonio era uno y pertenecía teóricamente á la familia, es decir, al conjunto ideal que se componía de todos sus miembros, sin tener por esto ninguno de ellos los bienes en dominio ó condominio. El padre, como jefe, tenía su representación exterior y gozaba del usufructo de los bienes familiares, según nos enseña Coulanges en su bella obra *La ciudad antigua*, al tratar de la *autoridad en la familia*.

Tanto por las leyes romanas, como por las de Grecia y demás pueblos de la antigüedad, se prohibía terminantemente la celebración de contratos entre el gefe de la familia y sus miembros. La razón de esta disposición es fácil de explicar.

(1) *Op. cit.*, página 99.

Los miembros de la familia se hallaban vinculados al jefe en las sociedades primitivas, por un vínculo poderoso y tan extenso que venía á confundir á cada uno de sus miembros en aquél.

La *patria potestas* para con los hijos, la *manus* para con la mujer y la *dominica potestas* para con los esclavos, son instituciones que, según nos indica Coulanges y con él los demás autores que se han ocupado de la materia, no sólo fueron romanas, sino de todos los pueblos antiguos, habiendo tomado quizás su origen común cuandos los helenos, italianos é indios ocupaban reunidos las comarcas del Asia Central (1).

Formando una sola persona, ó mejor dicho, refundiendo su personalidad jurídica los miembros de la familia en el jefe, todo lo que aquellos adquirían pertenecía á éste; y éste no podía hacer adquirir nada propio á aquellos, desde que la adquisición vendría á recaer en su persona.

Aplicando estas doctrinas á las donaciones vemos que era de todo punto imposible que los padres pudiesen hacer liberalidades á sus hijos, pues hechas serían inexistentes.

Respecto á la mujer, es necesario recordar ante todo que en casi todos los pueblos antiguos no fué heredera,

(1) Página 98.

sino incidentalmente y en raros casos, así es que aún suponiendo que existiera la colación, ella no la debería desde que no revestía el carácter de heredero, carácter tan necesario para exigirla como para rendirla.

De los pueblos antiguos del oriente, cuya legislación, más ó menos incompleta, ha llegado hasta nosotros, seguramente la más favorable á los derechos de la esposa ha sido la de la *India* y es en ella misma donde nos parece encontrar los origenes, aunque algo obscuros, de la colación.

En efecto, por la legislación India, según opinión de Boissonade (1) la esposa heredaba en concurrencia con los hijos sobre los bienes del marido, recibiendo una parte civil en el caso de no haber recibido liberalidades de su cónyuge durante el matrimonio, y sólo una mitad de la parte correspondiente á cada hijo en el caso contrario.

La razón de semejante disposición, nos parece que no puede ser otra que la dada hoy para justificar la institución de que nos ocupamos.

Sin embargo, á pesar de lo que acabamos de exponer, que no pasan de simples conjeturas, nos inclinamos á creer que la *colación* no existió entre los pueblos antiguos, por la sencilla razón que no existiendo las dona-

(1) *Op. cit.*, página 26.

ciones entre causante y heredero, carecería aquella de base.

Podemos, pues, afirmar con bastante seguridad que la colación ha surjido como una necesidad en la *época pretoriana del Derecho Romano.*

Cuando el pretor acordó la posesión de los bienes á los hijos emancipados, tuvo forzosamente que imponerles la obligación de colacionar á la muerte del padre lo que hubiesen adquirido desde el día de su emancipación hasta la apertura de la sucesión, salvo el peculio castrense, cuasi castrense y adventicio (1), pues de otro modo sería injusto que el hijo emancipado recibiera mayor cantidad de bienes que los hijos sometidos á la patria potestad; y eso habría sucedido si no se hubiera establecido la colación, desde que los hijos bajo potestad, nada podían adquirir para sí á diferencia de los emancipados.

En la reglamentación que de esta materia hizo el Digesto estableció (2) que sólo era debida en caso de concurrencia entre hijos *suis* y emancipados; pero por la Novela 118 de Justiniano se extendió á todos los casos.

Más adelante sufrió nuevas modificaciones la institución que nos ocupa, expresadas en diversas leyes. Así se estableció que no sólo era debida en las suceciones

(1) MAYNZ, *op. cit.*, página 505, tomo III.
(2) Leyes 9 y 12, *ff. de Collat.*

ab intestato sino también en las testamentarias. La dote fué esceptuada de colación. Respecto á los legados, existen opiniones contrarias sobre si debían ó no ser colacionados, sosteniendo los autores antiguos la negativa (1).

El heredero que había recibido del causante una donación podía conservarla absteniéndose de entrar á la sucesión. Si entraba á la sucesión debía colacionarla, á menos que el testador lo hubiera dispensado, esta dispensa al principio podía ser tácita, es decir se presumía si el testador no exigía la colación, pero Justiniano estableció lo contrario (2).

Estos son los principios que regían la institución que estudiamos entre los Romanos.

La esposa es muy probable que no estuviese obligada á colacionar los bienes recibidos por donación de su cónyuge, pues las leyes que hemos estudiado sólo se refieren á descendientes y por otra parte las donaciones entre desposados eran irrevocables.

Pasando de la época Roma á la *época Bárbara* las dificultades aumentan al investigar si existieron entre sus leyes ó costumbres la institución de que tratamos en este capítulo.

(1) Maynz y Dalloz, *loc. cit.*
(2) Dalloz, *loc. cit.*

Al estudiar en el capítulo I la sucesión de la esposa sobre los bienes del marido, dijimos que según las autorizadas opiniones de Boissonade, Pardessus y Gide la esposa entre los Bárbaros probablemente no heredó.

Pardessus en su obra titulada *La loi salique* (1) se inclina á creer que la institución de la legítima existió entre los Bárbaros, basándose en un testamento del año 680 en que se establece una donación entre esposos y se menciona la cuarta Falcidia; sin embargo esta opinión es combatida por otros autores y por diversos documentos de la época.

No existiendo, pues, según el parecer de muchos escritores la legítima de los herederos forzosos mal puede existir la colación. Y esto, que para algunos podría ser dudoso, tratándose de la sucesión de descendientes, es para todos bien manifiesto en cuanto á la sucesión de los cónyuges.

No siendo el cónyuge heredero entre las diversas tribus Bárbaras, no hay que pensar á su respecto si existía ó no la obligación de colacionar á la masa hereditaria los valores recibidos en vida de su consorte, pues la colación es inseparable de la herencia y no existiendo ésta no puede existir aquella.

(1) Página 721.

«*La edad media*, como dice Savigny en su *Historia del Derecho Romano* (1), es una época creadora, que tiene la importancia de encerrar los principios de nuestra civilización, componiéndose sobre todo de elementos Germanos y Romanos refundidos y sobre cuya fusión tan poco conocemos.»

El Derecho Romano tuvo su período de auge en esta época y hemos visto imperando sus principios durante largo tiempo. La *bonorum possessio* (2) rigió en materia de sucesiones, debiendo existir en consecuencia la *collatio bonorum*.

Sin embargo, como hemos dicho al tratar de la colación en derecho romano, pensamos que ésta nunca se aplicó al cónyuge.

En los paises en que el Derecho Germánico imperó no encontramos ni sucesión de cónyuges ni colación de bienes.

Tenemos que llegar á los tiempos modernos para encontrar desarrollada la institución, y, como á nuestro juicio los principios que rigieron las diversas instituciones jurídicas en esa época se hallan reflejados en las legislaciones contemporáneas, nos evitamos de estudiarlas detenidamente; además el estudio que haremos de nues-

(1) Página VII, tomo I.

(2) Boissonade, página 156.

tro Código Civil nos dará una idea clara de las tendencias dominantes.

Las leyes Españolas, siguen los mismos principios del Derecho Romano, así es que no los expondremos para no caer en repeticiones (1).

II

Aunque solamente debemos concretarnos en este punto á investigar si la esposa debe ó no colacionar á la masa hereditaria los valores que haya recibido en vida por donaciones de su esposo, creemos necesario para comprender mejor la materia y darle cierta unidad al trabajo, tratar primeramente, y aunque sea de una manera suscinta, de los principios que rigen la materia según nuestra legislación.

No nos detendremos en las múltiples dificultades que en general puede presentar la institución, pues, como hemos dicho, nos reduciremos á estudiarla del punto de vista de la herencia de la esposa.

El Código establece (2) que toda donación entre vi-

(1) Véase Partida VI, título 15, leyes 3ª, 4ª, 5ª y 6ª; ley 29 de Toro, libro X, título 3º; leyes 5ª y 6ª, Novísima Recopilación.

(2) Artículo 3476.

vos hecha á un heredero forzoso que concurre á la sucesión legítima del donante sólo importa una anticipación de su porción hereditaria.

Como la colación es establecida para salvar las legítimas de los herederos forzosos, no puede ser invocada por el acreedor ó legatario (1), pero si por los ascendientes legítimos ó naturales que concurran á la sucesion (2). Sin embargo, existe un medio establecido por la ley (3) para evitar la colación, y es renunciar á la herencia, en cuyo caso se considera al heredero como un extraño y por eso se le permite retener la donación, que siendo inoficiosa se reducirá hasta cubrir las legítimas.

La aceptación de la herencia con beneficio de inventario no excusa de la colación (4), pero como ésta no es debida sino á los herederos, el beneficiario sólo responderá ante los acreedores y legatarios con su parte de herencia y no con las donaciones hechas por el de *cujus,* según la opinión de Pizarro (5), que nos parece del todo conforme con nuestra ley.

El Código dispone que las otras liberalidades enumeradas en el artículo 1795, título *De las donaciones* no

(1) Artículo 3478.
(2) Artículo 3477.
(3) Artículo 3355.
(4) Artículo 3477.
(5) *Mejora y Colación*, página 38.

están sujetas á ser colacionadas. Desde que la ley no las considera donaciones es muy natural que no las incluya en la colación. Sólo podría discutirse si es ó no donación el pago de lo indebido, pero ante el texto de la ley no puede caber duda.

El artículo 3480 enumera como exceptuados de colacionar: los gastos de alimentos, curación y educación, los regalos de costumbre, el pago de las deudas de ascendientes y descendientes, etc.

Este artículo se explica por sí mismo, pues no pueden considerarse como donaciones los alimentos, los gastos de curación, y demás que enumera.

Podría promoverse discusión respecto al pago de las deudas de los ascendientes ó descendientes; pero es tan clara la letra del artículo que en la práctica creemos que no podría haber duda respecto á su interpretación.

El Código establece que los padres no están obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado á un hijo por aquellos, ni el esposo lo donado á su consorte por el suegro ó suegra (1).

Hacer colacionar esos valores, sería contrariar el espíritu de la institución, desde que los valores no han sido donados directamente á los herederos y el objeto de la colación es establecer la igualdad entre estos.

(1) Artículo 3481.

La disposición del artículo 3482, de que los nietos al suceder al abuelo en representación de su padre, y en concurrencia con tíos y primos, deben colacionar, es muy equitativa, puesto que por el derecho de representación se equiparan los sucesores de un grado más remoto al de uno más próximo y si la ley les acuerda este beneficio es con todas sus cargas. Si el padre tenía en el caso del artículo que estudiamos la obligación de colacionar es justo que pase al hijo, como tal carga.

Todo heredero legítimo, dice el artículo 3483, puede demandar la colación del heredero que deba hacerla. Pueden también demandarla los acreedores hereditarios y legatarios, cuando el heredero á quien la colación es debida, ha aceptado la herencia pura y simplemente.

Como hace notar Pizarro (1), la palabra *legítimo* está tomada en la primera parte del artículo en el sentido de forzoso.

En cuanto á la segunda parte es una excepción al principio de que la colación sólo es debida entre coherederos. La ley acuerda ese derecho al acreedor hereditario y legatario sólo en el caso de no haber recibido la herencia el heredero bajo beneficio de inventario. El derecho de exigir colación lo ejercen tanto el acreedor como el legatario, mediante subrogación del heredero.

(1) *Op. cit.*, páginas 64 y siguientes.

Finalmente, establece el último artículo del título que estudiamos que la colación sólo puede ser dispensada por cláusula testamentaria, y en los límites de la porción disponible. Disposición consecuente con los principios establecidos sobre los pactos ó contratos sobre herencia futura.

En la rápida revista que hemos pasado al título *De la colación*, podemos apercibir fácilmente una dificultad que á primera vista parece de ardua solución, y sin embargo, descansa á nuestro juicio, sobre sólidos principios.

El primer artículo (1) del título en cuestión impone la obligación de colacionar los valores recibidos por donación del difunto, á todo *heredero forzoso* que concurra á la sucesión legítima del donante, y en los artículos siguientes sólo se trata de descendientes y ascendientes, sin mencionar para nada el cónyuge.

Se suscita, pues, á primera vista, esta dificultad: siendo el cónyuge heredero forzoso, ¿por qué razón ha sido eximido por la ley de la obligación de colacionar los valores recibidos en vida de su esposo?

Si el cónyuge no fuera heredero forzoso fácilmente se solucionaría la cuestión, pues la obligación de colacionar sólo corresponde á aquellos.

(1) Artículo 3476.

Pero á nuestro juicio, como lo hemos demostrado en el capítulo I de este trabajo, no cabe duda que el cónyuge sobreviviente es llamado á la sucesión del premuerto en calidad de heredero forzoso.

Planteado el problema de esta manera, es necesario encontrar la razón que haya tenido el codificador para excluirlo de la obligación de colacionar.

Ni en el curso de los artículos correspondientes á la colación, ni en las notas ilustrativas que sobre la materia ha agregado el codificador, se encuentran datos para solucionar el punto. Será pues necesario recurrir á las diversas disposiciones del Código para su resolución.

Hemos visto que la colación tiene por objeto establecer la igualdad entre los herederos forzosos que concurran á la sucesión del donante.

La base de la colación no es otra que las donaciones hechas en vida por el *de cujus* á sus herederos.

Sería completamente inútil haber establecido restricciones á la libertad de testar, en favor de los herederos forzosos, protegiéndoles la legítima que la ley les acuerda, si por otra parte se hubiera permitido al causante hacer donaciones entre vivos á alguno de esos herederos en detrimento de los demás.

Es, pues, para impedir estas preferencias, que tan

frecuentes y naturales son en la familia, que la ley ha establecido la colación.

Requisito indispensable para estar obligado á colacionar es, que exista una donación entre vivos hecha por el causante al heredero.

El código civil dispone que los cónyuges no pueden en ningún caso, después de celebrado el matrimonio, hacerse donaciones ni separada ni recíprocamente (1), disposición que no existe respecto á los demás herederos, y esta es seguramente la razón que ha tenido el legislador para eximir al cónyuge de colacionar (2).

¿Qué igualdad pretenderíamos establecer entre los herederos que han recibido donaciones del causante y el cónyuge que nada ha recibido?

Y sin embargo, el Dr. Lisandro Segovia, en sus *Comentarios al Código Civil* (3), interpreta el artículo que estudiamos en sentido contrario, opinando que el cónyuge está obligado á colacionar como cualquier otro heredero.

La magnitud y extensión de la obra emprendida por ese distinguido abogado, disculpan fácilmente el error que ha dejado deslizar en esta materia, pues nos parece

(1) Artículos 1807, inciso 1°, y 1820.

(2) Pizarro sostiene estas mismas ideas en su trabajo sobre Mejora y colación.

(3) Nota 80 al artículo 3478 ó sea 3476 de la edición oficial del Código.

tan clara y sencilla la solución del punto, que sólo un descuido involuntario puede haber motivado ese error.

En cuanto á las donaciones ante nupciales hechas por el esposo, tampoco están obligados á colacionar, pues además del argumento poderoso de no exigir la ley semejante cosa, ellas son bien conocidas desde que se hacen en documento escrito y en tal concepto fácilmente se reconoce su inoficiosidad, pudiendo en consecuencia reducirse por las acciones que la ley acuerda.

III

La exposición que haremos de los principios que rigen la colación en los diversos pueblos, nos mostrará su uniformidad en los países que la han establecido y su fin común en todas partes, que es establecer la igualdad entre herederos.

Por el Código *oriental* se establece la colación sólo entre herederos forzosos y no es debida al acreedor ni al legatario (1).

Si las donaciones hechas por el *de cujus* á alguno de

(1) Artículo 1062.

sus herederos, no ataca la legítima de los otros coherederos, tal donación es considerada como mejora (1).

Están sujetos á colación: el pago de las deudas del heredero que en vida hubiese hecho el causante, la dote de la hija y el capital ó los gastos que el *de cujus* hubiese hecho al heredero para establecer una industria ó comercio, etc. (2).

Los gastos de alimentos, educación y aprendizaje no están sujetos á colación (3), pero si lo están los que se hicieren para dar carrera científica ó literaria, etc., al heredero (4).

La colación se hace del valor que tenían las cosas en el día en que fué hecha la donación (5).

La legislación *paraguaya* sigue los principios es tablecidos por el Código Argentino.

El código de *Bolivia* dice que la colación es: «la reunión de bienes que los hijos han recibido de sus padres, en cualquiera época, para que aumentando así el patrimonio de todos, se divida con igualdad (6).

Para ese código deben traerse á colación, y se des-

(1) Artículo 1064.
(2) Artículo 1067.
(3) Artículo 1068.
(4) Artículo 1069.
(5) Artículo 1070.
(6) Artículo 624.

contarán, las dotes, las donaciones *propter nuptias* y las demás que por cualquier título ó causa hayan recibido los hijos ó nietos, á no ser con cláusula expresa de mejora (1).

La colación sólo es debida á los herederos (2). No están sujetos á colación, los gastos de alimentos, educación, etc. (3).

Si el hijo administra algunos bienes del padre, debe colación únicamente de la mitad de los frutos percibidos (4).

Según el código *Peruano* la colación sólo es establecida para el descendiente que concurra á la sucesión del ascendiente (5).

Están exentos de colacionar los gastos de educación y alimentos (6).

Debe colación únicamente el coheredero á su coheredero (7).

El renunciante á la herencia no debe colación (8).

La colación debe hacerse de los valores que tenían

(1) Artículo 625.
(2) Artículo 632.
(3) Artículo 629.
(4) Artículo 629.
(5) Artículo 935.
(6) Artículo 936.
(7) Artículo 939.
(8) Artículo 940.

las cosas al tiempo en que la donación fué hecha, si se hizo tasación de ellas (1).

La legislación *Colombiana* es muy deficiente en esta materia, sólo un artículo le ha sido consagrado, estableciendo que para computar las cuotas se exige colación de las donaciones que el causante hubiera hecho en vida del heredero.

Por la legislación *Venezolana* sólo se obliga á colacionar á los hijos y descendientes (2) que no hubiesen renunciado á la herencia (3).

Las donaciones hechas al cónyuge se presumen hechas con dispensa de colación (4).

Los gastos de manutención, educación, etc., no están sujetos á colacionar (5).

La colación es debida al coheredero descendiente (6).

El código *Mejicano* no trata de la colación, pues en su sistema sucesorio, que consagra casi en absoluto la libertad de testar, no puede caber esa institución.

(1) Artículo 941.
(2) Artículo 959.
(3) Artículo 959.
(4) Artículo 962.
(5) Artículo 967.
(6) Artículo 962.

CAPÍTULO VI

SEPARACIÓN DE HECHO

I. HISTORIA. El divorcio y la separación de hecho en la antigüedad. *Egipto. Persas y Asirios. Hebreos*. El Génesis. Ley de Moisés. Opiniones al respecto de los autores modernos. *India*. El *Manú*. *Griegos*. Atenas, sus leyes sobre el divorcio, diferencia entre el derecho acordado al esposo y el acordado á la esposa. *Roma. Repudium et divortium;* el esposo siempre tuvo derecho de repudiar; causas primitivas de divorcio; razón por la cual no se usó el divorcio en los primeros tiempos de Roma. Matrimonio *confarreatione;* opiniones diversas al respecto. Abuso del divorcio durante el Imperio. Leyes Augustales. Reforma de Justiniano. Causas del divorcio. Penas impuestas al divorcio sin causa y al repudio. *Los Bárbaros*. El repudio. Opinión de Probert. Efectos del divorcio en cuanto á los bienes y en cuanto á los hijos. Causas de divorcio. Formalidades del divorcio. Opinión de Grimm. El cristianismo en las tribus Bárbaras. *Edad media*. El Derecho Canónico y el Romano. El Derecho Canónico y las máximas bíblicas. En la Edad media sólo se permite el divorcio *quoad thorum*. Sus causas. El divorcio y los reyes. *Legislación Española*. Antecedente patrio: *ley de 20 de Mayo de 1857*. Sus disposiciones. Discusión en la Cámara de Diputados. Su interpretación de acuerdo con las opiniones de los Diputados García y Costa. Estado actual del divorcio entre nosotros. Opiniones de Laboulaye y Grenveau sobre el divorcio. — II. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Casos en que hace cesar la sucesión de los cónyuges. *Divorcio y separación de hecho*. En caso de divorcio debe distinguirse la culpabilidad de la inocencia. Dudas que suscita la separación de hecho. Opiniones de Fontana y Leguizamón y Machado. Nuestra opinión. Interpretación de los términos *sin voluntad de unirse* que usa el artículo 3875. Opinión de Segovia. Opinión de Llerena. Nuestra opinión. *Separación judicial*

provisoria. ¿Debe distinguirse la culpabilidad de la inocencia para privar de sucesión al cónyuge? Nuestra opinión. Opinión del Doctor Llerena y del Doctor Zavalía. Su crítica. La separación de hecho revoca *ipso jure* las donaciones? Nuestra opinión. — III. JURISPRUDENCIA. *Tribunales de la Capital.* Incidente suscitado en los autos testamentarios de Don Gaspar Monti, entre la viuda de dicho señor y otros herederos. Resolución en primera Instancia. Acuerdo ante la Cámara de lo Civil. Voto del Doctor Damianovich. Voto del Doctor Zavalía. Confirmación de la sentencia en segunda Instancia. Testamentaría de Doña Isidora Alegre. Antecedentes del juicio. Resolución en pnmera instancia. Fundamento del voto del Doctor Damianovich en la Cámara. Fallo en segunda Instancia. *Tribunales de la Provincia de Buenos Aires.* Autos testamentarios de Don Luis González. Sus antecedentes. Incidente suscitado entre la viuda de dicho señor y un hermano sobre mejor derecho á la herencia. Sentencia del Doctor Beláustegui. Vista fiscal del Doctor Victorica. Acuerdo ante la Cámara. Voto de los Doctores Basavilbaso y Martínez. Fundamentos del voto del Doctor Kier ante la Corte Provincial. Sentencia de la Corte. — IV. LEGISLACIÓN COMPARADA. Legislaciones del *Uruguay, Chile, Colombia, Venezuela, Bolivia, Perú, Méjico* y *Estados Unidos.*

I

Separación de hecho y divorcio son dos términos que se confunden en la antigüedad.

El marido, jefe absoluto ó déspota de la familia, tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos, en casi todos los pueblos, y el de repudiar á la esposa cuando tal fuera su voluntad.

Sin embargo, tan escasos é imperfectos son los monumentos que nos quedan de esas épocas, que nada

preciso puede deducirse de ellos, y así vemos sostenidas por diversos autores las teorías más extrañas y contradictorias.

En *Egipto,* según atestigua el Génesis (1), era tal el respeto que rendían al vínculo matrimonial, que ninguno de los cónyuges tenía la facultad de repudiar al otro, ni la legislación autorizaba el divorcio.

Sin embargo, muchos autores, y entre otros Alonso (2), niegan esa opinión que consideran contraria al espíritu de la legislación dominante en la antigüedad.

Entre los *persas* y *asirios* sucedía todo lo contrario; pueblos de costumbres depravadas, los matrimonios tenían lugar entre madres é hijos, por respeto religioso á Semiramis entre los últimos, y por seguir los dictados de Zoroastro los primeros, según enseña Montesquieu (3).

El divorcio ó repudio era de uso frecuente y dependía de la simple voluntad del marido. La historia nos enseña que Asuero repudió á su mujer Wasthi por no haberse querido presentar desnuda ante el pueblo (4).

Entre los *hebreos,* Moisés otorgó al marido la facul-

(1) Capítulo XII, versículo 19.

(2) *La familia,* página 189.

(3) *L'esprit des lois,* página 430.

(4) Alonso, *op. cit.,* página 200.

tad de repudiar á su mujer por un vicio ó una falta vergonzosos, *propter aliquam fetiditatem.*

La ley no acordaba á la mujer tal derecho; pero era costumbre en ciertos casos concederle esa facultad (1).

Aunque según el Génesis (2) el matrimonio es indisoluble, el divorcio se introdujo entre los hebreos, lo mismo que se introdujo la poligamia.

Moisés tuvo que permitirlo como permitió aquella *propter duritiam cordis;* sin embargo, el repudio nunca fué acto honroso por parte del marido como nos enseñan las profecías de Malach (3) y según lo demuestran los estudios de Gabba (4).

Según Zinelli (5) el divorcio no fué conocido originariamente por los Hebreos.

Giuriati, en un hermoso trabajo titulado *La leggi dell'amore* (6), cree que es tan inherente á las costumbres hebreas la indisolubilidad del matrimonio y el poco uso del divorcio, que hasta hoy se conserva, y así se explica que en más de 50 años sólo haya habido dos divorcios entre 6000 judíos residentes en Austria.

(1) *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 1.
(2) Capítulo II, versículo 24.
(3) Capítulo II, versículo 10.
(4) *Il divorzio*, página 29.
(5) *Sul divorzio, osservazioni critiche*, páginas 60 y siguientes.
(6) Página 146.

Entre los *Indios* la mujer no tiene nunca el derecho de repudiar á su marido, aunque observe una conducta desarreglada ó se entregue á otros amores (1). El marido, por el contrario, puede repudiarla en todos los casos (2).

En *Atenas* el marido tenía absoluta facultad de repudiar á su mujer, con tal que la restituyera la dote y proveyera á su subsistencia, si ella no había dado motivo alguno para la separación.

El divorcio era la acción correlativa al repudio que se acordaba á la mujer (3). Esta para separarse de su esposo debía iniciar la acción de divorcio ante el arconte, quien la rechazaba ó admitía; el marido, por el contrario, tenía facultad de romper por sí solo el vínculo conyugal repudiando á la esposa sin intervención de tribunal ni necesidad de justa causa (4).

En *Roma* el divorcio podía tener lugar de dos maneras: por la voluntad de uno de los esposos *(repudium mittere)*, ó por voluntad de ambos *(divortium facere, bona gratia discedre)*.

Siempre fué reconocido por la legislación, al menos

(1) MANÚ, libro V, página 154.
(2) ALONSO, *op. cit.*, capítulo IV, libro II.
(3) MONTESQUIEU, libro XVI, capítulo 16.
(4) ALONSO, *op. cit.*, página 264.

como derecho correspondiente al esposo, no pudiendo hacer uso de él sino mediando ciertas causas, tales como el adulterio, la tentativa de envenenamiento y la falsificación de las llaves de la bodega (1). Si el divorcio tenía otra causa el esposo debía donar la mitad de sus bienes á la esposa repudiada y la otra mitad á Céres (2). Como dice Gillet (3), no debe extrañarnos que durante más de 500 años no encontremos más generalizado el divorcio entre los romanos; tan caro había que pagarlo que preferían no hacer uso de él.

Existía una clase de matrimonio que era indisoluble y en que fué prohibido el divorcio; este era el matrimonio celebrado *confarreatione* (4). Sin embargo, Namur, y otros autores de derecho romano, sostienen que se podía disolver *difarreatione*.

Durante la República y sobre todo durante el Imperio fué verdaderamente escandaloso el abuso que se hizo del divorcio; el marido sin causa despedía á la esposa de su casa *(repudiat)* é igualmente la mujer abandonaba á su marido *(divortit)*.

(1) Entre los romanos era absolutamente prohibido el uso del vino á las mujeres.

(2) DALLOZ, *Répertoire*, tomo 39, página 885.

(3) Discurso pronunciado ante el cuerpo legislativo sobre la exposición de motivos de esta parte del Código de Napoleón.

(4) MAYNZ, *Derecho Romano*, tomo III, página 73.



Augusto, queriendo detener esa corrupción, dictó varias leyes, que según Boissier (1) fueron simples consejos privados que algunos ciudadanos le pidieron y que más tarde se convirtieron en ley.

Las leyes *Julia, de maritandis ordinibus* y *Papia Poppœa, de caducis*, impusieron restricciones á la facultad de divorciarse, que fueron absolutamente impotentes para contener la corrupción.

Fué en tiempo de los emperadores cristianos que se empezaron á poner verdaderas trabas al divorcio.

Justiniano consideró punible todo divorcio efectuado sin causa, permitiéndolo por consentimiento mútuo *(bona gratia discedere)*, cuando se hacía con el objeto de hacer voto de castidad ó por impotencia del marido, si el matrimonio había durado más de tres años.

Fuera de estos casos los esposos divorciados eran condenados á entrar en un convento, perdiendo todos los bienes en beneficio de los hijos.

El divorcio hecho sin consentimiento de ambos esposos *(repudium mittere)* era castigado con reclusión en un convento, restitución de la dote y de las donaciones *propter nuptias* ó un cuarto de los bienes si aquellos no existían.

(1) *La religion chez les romains*, tomo I, página 85.

Al cónyuge culpable de divorcio se le aplicaban iguales penas.

Las causas de divorcio eran el asesinato, las injurias graves, el envenenamiento, el robo, la falsedad, el adulterio, la sevicia y la alta traición. El adulterio del marido sólo es causa de divorcio cuando tiene concubina en la morada conyugal.

Si el divorcio por adulterio no es probado el cónyuge acusador incurre en ciertas penas pecuniarias en beneficio del otro, que son la dote, las donaciones ó el tercio de sus bienes (1).

Entre los *Bárbaros* fué también conocida la repudiación y es en ese sentido que encontramos leyes ridículas que reglamentan la suerte de los bienes conyugales en caso de separación. Según dice Probert (2), una ley establecía que si entre los bienes existían algunos animales se dividían por iguales partes entre ambos, enumerando en el caso contrario á quien corresponde cada especie: el cordero debe llevarlo el marido, la cabra la mujer; los hijos deben repartirse de este modo: el mayor y el menor siguen con el padre y los otros con la madre en esta proporción: dos tercios al padre y un tercio á la madre.

(1) Novelas 22, 117 y 134; MAYNZ, *op. cit.*, página 76, tomo III.
(2) *Lois gaulloises*, página 128.

La separación hacía restituir á la esposa sus bienes parafernales y su derecho de virginidad, si la separación tuvo lugar después del sétimo año de vida conyugal, si tuvo lugar antes del sétimo año la esposa pierde todos los bienes, salvo el derecho de virginidad.

La separación tenía sus causas entre los Bárbaros, aunque podía hacerse prescindiendo de ellas. Las causas que expresa la ley son: ser leproso, tener mal aliento ó ser impotente el marido. En caso de separación por una de las causas expresadas, la mujer nada pierde de los bienes que le corresponden.

Si el marido abandonaba á su mujer por no ser virgen, esta recuperaba sus bienes sólo en el caso que resistiese á varias pruebas ridículas á que era sometida (1).

Las formalidades que revestía el divorcio en esta época consistían, según Grimm (2), únicamente en romper una tela blanca de la que cada esposo guardaba una parte. La mujer divorciada debía entregar las llaves al esposo.

Difundido el Cristianismo entre las tribus Bárbaras tuvo que modificar sus costumbres sobre todo en aque-

(1) MICHELET, *Origines du droit français*, páginas 57 y siguientes.
(2) *Uber den Altdeutshen Meistergesanz*, página 454.

llas cuestiones que directamente afectaban á la constitución y organización de la familia.

El divorcio, como tal, tuvo que sufrir las modificaciones que le impusieron los nuevos principios y fué así que pasó de esta época á la época media.

El derecho Canónico y el Romano imperan en la *Edad Media* en casi todas partes.

En materia de divorcio conocieron los jueces eclesiásticos aplicando esclusivamente los principios canónicos, inspirados en las palabras bíblicas: *Jam non sunt duo sed una caro, quod ergo Deus conjungit homo non separet* (1).

Lo que Dios unió el hombre no puede separarlo, ese fué el principio que rigió en materia de divorcio y el que consiguió levantar de la degradación en que se hallaba la organización familiar.

El divorcio sin disolución del vínculo matrimonial *(quoad thorum et cohabitationem)* que imperaba fué limitado, como derecho de que podían hacer uso los cónyuges, á ciertas causas que al principio fueron las mismas que hemos espuesto hablando de los Bárbaros y más tarde fueron: el adulterio, los vicios bochornosos, el ejercicio de la magia, etc.

(1) MATEO, XIX, 5.

No negaremos que en muchos casos, tratándose de magnates, se permitió el divorcio á *vinculo matrimonii* por medio de vicios de nulidad simulados.

La legislación *Española* se ocupaba especialmente de estas materias en las leyes 5ª, título 5°, y 8ª y 2ª, título 6° del Fuero Juzgo, que desataban el vínculo del matrimonio en ciertos casos y por ciertos delitos: la última de esas leyes sólo admite un caso *excepta manifesta fornicationis causa*, es decir, el adulterio de la mujer.

En general las leyes eclesiásticas rigieron el divorcio en España, como lo demuestran las leyes 2ª y 5ª, título X, Partida IV.

Entre nosotros, como antecedente histórico, recordaremos la ley dada por la Legislatura del Estado de Buenos Aires en 20 de Mayo de 1857.

Esta ley decía:

« Artículo 1°.—En las sucesiones intestadas, faltando herederos forzosos, la mujer legítima heredará al marido y éste á aquella con exclusión de todo colateral.

«Artículo 2°.—Si tuviese lugar separación judicial y durante la cual falleciese alguno de los cónyuges, el causante de aquella perderá el derecho que esta ley le acuerda. »

En el debate que tuvo lugar con tal motivo en la Cá-

mara de Diputados, el diputado Sr. García quizo suprimir este segundo artículo de la ley por parecerle poca causa la separación para privar de derechos hereditarios.

El diputado Sr. Costa pidió se suprimiese la palabra *perpetua*, pues por separación judicial sólo se entiende la perpetua, es decir, el divorcio. « Bien pudiera suceder, decía, que hubiera una separación y ninguno de los cónyuges perdiera el derecho, si la sentencia de divorcio no dijera quién era el causante.

« Más aún, podrían estar separados los cónyuges y perpétuamente, sin que esta ley privara el heredar á un cónyuge los bienes del otro, porque podía suceder que la separación hubiese sido motivada por culpa de los dos cónyuges.

« Es por tanto innecesaria la palabra *perpetua;* por separación judicial, repito, no puede entenderse otra cosa que la separación perpetua, es decir, el divorcio. »

Fué, pues, en este sentido que se admitió y sancionó el artículo 2° de la ley citada (1).

Actualmente, entre nosotros el divorcio sólo consiste en la separación de cuerpos sin suprimir el vínculo matrimonial. Hermosa doctrina, única capaz de mantener la organización de la familia.

(1) Véase *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de Buenos Aires*, año 1857.

La severa doctrina del matrimonio indisoluble augurando la perpetuidad de este vínculo ha augurado al mismo tiempo la grandeza de la mujer y la dignidad en la familia, como dice Laboulaye (1).

Citaremos para concluir estas hermosas palabras de Greuveau (2), que expresan nuestras ideas sobre el divorcio: «...la conciencia consagra una mentira; hace de un sacramento augusto un contrato más ó menos enfitéutico, repugnando á nuestras costumbres y uniendo el egoismo á la desconfianza en el más íntimo y santo de los contratos ».

II

Nuestro Código hace cesar el derecho de sucesión que acuerda al cónyuge sobre los bienes del premuerto, basándose en razones de moralidad y con el propósito de evitar que se relajen los vínculos que deben unir la familia.

Estas causas son tres : el divorcio, la separación de hecho y el matrimonio *in extremis*.

(1) *De la condition civile et politique des femmes*, página 159.

(2) *La Prostitution*, Paris, 1872, 2ª edición, página 37

En el capítulo siguiente nos ocuparemos de la última, dedicándonos en éste á estudiar la separación de hecho.

El Código Civil dice: « Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores » (1); y en el artículo siguiente: «Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse ó estando provisoriamente separados por juez competente».

Sobre el primer artículo citado pocas dudas pueden originarse en cuanto á su interpretación, sobre todo en lo relativo á la materia que nos ocupa, es decir en cuanto á la sucesión de los cónyuges. Bien claramente se expresa en él que la pérdida de los derechos hereditarios es sólo relativa al cónyuge culpable del divorcio y es esta la teoría consagrada por todas las legislaciones.

No sucede lo mismo en cuanto al segundo artículo referente á la separación de hecho.

Algunos autores, como Leguizamón y Machado (2), Fontana y otros (3), sostienen que ese artículo estáínti-

(1) Artículo 3574.

(2) *Instituta del Código Civil*, nota número 393.

(3) *Sucesión de los cónyuges*, página 55.

mamente ligado é interpretado por el anterior. Y que así como la ley sólo priva de derechos sucesorios al cónyuge culpable en caso de divorcio, asimismo sólo debe ser privado el culpable en la separación de hecho.

Esta teoría, que algunos partidarios tiene en la doctrina y en la legislación, de que más tarde nos ocuparemos, no nos parece arreglada á la doctrina de nuestro Código.

En efecto, á nuestro juicio no puede caber duda sobre la interpretación que merece el artículo que tratamos.

La teoría establecida en dicho artículo parece propia de nuestra legislación, pues ninguno de los códigos que hemos recorrido la consagra (1).

Aunque la ley francesa establece la separación de cuerpos distinta de nuestra separación de hecho, indicaremos como disposición algo análoga, la establecida en el artículo 1° de la ley de 14 de Julio de 1866, que dispone que durante 50 años después de la muerte del autor de la sucesión, el cónyuge sobreviviente, cualquiera que sea el régimen matrimonial, é independientemente de los derechos que puedan resultar en su favor del régimen de la comunidad, tiene el simple goce de los derechos de que el autor premuerto no haya dispuesto por

(1) **Esta misma es la opinión de ETCHEVERRY, *Herederos forzosos*, página 193.**



actos entre vivos ó por testamento, salvo el derecho de los herederos forzosos; agregándose que este goce no tiene lugar cuando exista en el momento de la muerte del autor de la sucesión una separación de cuerpo pronunciada contra ese cónyuge.

En la discusión del Código Napoleón, Maleville trató de establecer, como indica Dalloz (1), la pérdida de los derechos hereditarios en caso de separación; pero Tronchet se opuso, alegando que el abandono era una causa de divorcio y que el cónyuge podía usarla si quería privar á su consorte de la sucesión.

Temiendo perjudicar al cónyuge inocente en la separación de hecho, como dice Maleville (2) se redactó el artículo en la forma que hoy existe, dejando subsistente la sucesión de los cónyuges separados (3).

Recientemente, por la ley de 10 de Marzo de 1891, las Cámaras francesas, acaban de sancionar un proyecto, por el cual se priva de derechos sucesorios al cónyuge separado judicialmente (4).

No existiendo, como se ve, antecedente á nuestra legislación, trataremos de explicar el Código por sí mismo.

(1) Tomo 41, página 249.

(2) Tomo 2, página 353.

(3) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, página 562.

(4) Véase *Revue de législation et jurisprudence*, tomo 21, número 2, mes de Febrero de 1892, páginas 93 y siguientes.

Ante todo haremos notar que existe una gran diferencia entre divorcio y separación de hecho.

A nuestro juicio, la relación que existe entre uno y otro es la que puede existir entre un hecho lícito y uno ilícito.

El divorcio y la separación tienden al mismo fin, terminar una comunidad de existencia insostenible, pero por diversos medios. El uno sigue los trámites legales, requiriendo una justa causa, su prueba y sentencia de juez competente, dando tiempo á tomar las medidas necesarias tanto con respecto á los hijos como á los mismos cónyuges; el otro, por el contrario, rompe con todos los vínculos de la familia y con todos los deberes que la ley impone á los padres ó á los cónyuges de una manera intempestiva.

No puede, pues, la ley reconocer los mismos efectos á dos actos diametralmente opuestos, porque sería injusto; y por eso creemos que están en error los que pretenden aplicarles los mismos principios, considerándolos análogos en su fin, pero sin fijarse en lo diverso de los medios empleados para conseguirlo.

Es, pues, á título de pena, por no haber observado los trámites legales, que el Código ha establecido esa disposición.

Sería injusto permitir la investigación del culpable,

desde que ambos han sido culpables, pues una vez separados hubiera podido el que se creía inocente entablar la acción de divorcio por abandono voluntario y malicioso (1).

Por otra parte el Código Civil hace una distinción bien clara entre el cónyuge culpable y el inocente en el caso de divorcio y no la hace en el artículo siguiente al tratar de la separación de hecho. No es presumible que el codificador haya cometido una omisión tan marcada en dos artículos contiguos.

La separación de hecho es tan frecuente entre nosotros, que sería un verdadero peligro hacer distinciones entre el culpable y el inocente, porque eso sería fomentarla y sustituirla al divorcio, que presenta más inconvenientes para su realización, impidiendo así, en beneficio de la familia, que se abuse de él.

No puede negarse que si es perjudicial el divorcio, mucho más lo es la separación, ya por la familia natural que generalmente forman los cónyuges separados, sobre todo en la campaña, en detrimento de la legítima, cuanto por el abandono de los hijos.

Los términos del artículo que estudiamos son terminantes y no pueden ofrecer dudas sobre su interpreta-

(1) *Ley de Matrimonio Civil*, artículo 67, inciso 7°.

ción; *cesa la sucesión de los cónyuges entre sí,* dice el artículo. Las palabras *entre sí* nos indican que se refiere tanto á la sucesión de uno de los esposos como del otro, sin atender á la culpabilidad ó inocencia. Ahora bien, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

Por otra parte, el artículo en cuestión no es otra cosa que la sanción del artículo 66 (1), que de otro modo sería un precepto inútil y una ley *imperfecta.* Dicho artículo 66 prohibe que exista divorcio por mutuo consentimiento de las partes, exigiendo, por el contrario, sentencia de juez competente. Como pena, pues, debe aplicarse á ambos cónyuges sin distinguir al culpable del inocente, desde que á los ojos de la ley ambos son culpables.

Estas mismas ideas sostienen Segovia (2) y Etcheverry (3).

La opinión contraria es sostenida entre nosotros por Leguizamón y Machado (4) y Llerena (5).

El artículo que estudiamos exige para que sea apli-

(1) *Ley de Matrimonio Civil.*

(2) *Comentarios al Código Civil,* nota 16 del artículo 3577 hoy 3575.

(3) *Herederos forzosos,* página 193 y siguientes.

(4) *Instituta,* Nº 393.

(5) *Comentarios al Código Civil Argentino,* tomo VI, páginas 394 y siguientes.



cable, que los cónyuges vivan separados de hecho sin *voluntad de unirse*. Como dice muy bien el Dr. Segovia en la nota á este artículo (1), esas palabras han sido agregadas á fin de evitar dudas é indicar que una separación involuntaria ó accidental, como por negocios, por motivos de salud, etc., no causa la pérdida de los derechos hereditarios.

La separación debe ser *voluntaria* y nosotros agregaríamos para hacer más comprensible el alcance de esa disposición, y *maliciosa*, como dice en otra parte nuestra ley; es decir, una especie de abandono que podría ser causa bastante de divorcio (2).

El Dr. Llerena (3) le da á la frase que analizamos otra interpretación. Él cree que la mente del codificador ha sido privar de derechos hereditarios únicamente al cónyuge que no tiene *voluntad de unirse* con su consorte, pudiendo heredar el que pruebe que tenía dicha voluntad.

Seguramente al dar esa solución á la parte del artículo que analizamos, olvida el Dr. Llerena, que en último análisis la sentencia que recaería en dicho caso no sería otra cosa que una sentencia de divorcio dada una

(1) Nota 16.

(2) *Ley de Matrimonio Civil*, artículo 67, inciso 7°.

(3) *Op. cit.*, página 39, tomo VI.

vez disuelto el matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges, lo que es absurdo. Sería además una violación flagrante de los principios elementales del procedimiento, permitir que una acción personalísima pueda pasar á los herederos.

En su última parte el artículo citado priva de derechos hereditarios á los cónyuges, *estando provisoriamente separados por juez competente.*

Esta disposición da también lugar á dudas, que tienen seguramente más fundamento que en el caso anterior.

En efecto, si se priva de derechos hereditarios al cónyuge separado de hecho sin distinguir si es culpable ó inocente por no haber ocurrido ante juez competente entablando acción de divorcio, ¿cómo puede privárseles, cuando obedeciendo los preceptos de la ley se presenten ante ese juez, impidiéndoles un acontecimiento puramente fortuito, dilucidar la cuestión?

A primera vista parece indiscutible que semejante disposición responde á un error involuntario del codificador, ó cuando menos es la expresión de una injusticia manifiesta.

Sin embargo, deteniéndose un momento en el estudio de dicha disposición, veremos que responde á la doctrina jurídica establecida en nuestro Código.

La sucesión forzosa, como lo hemos dicho ya más de una vez en el curso de este trabajo, está basada en la afección que puede tener una persona hacia otra; y es así que la ley la presume entre padres é hijos y entre cónyuges.

Pero, la misma ley permite que cese el derecho de sucesión cuando falta el afecto, y es respondiendo á ese principio que establece la desheredación entre ascendientes y descendientes como medio de privar de la sucesión á los ascendientes ó descendientes (nos referimos sólo á los herederos forzosos) y el divorcio y la separación, ya sea de hecho ó judicial entre cónyuges.

Tratándose del divorcio, el Código establece efectos diversos, basándose en la sentencia que sobre él debe recaer, para el culpable y para el inocente. Al primero le priva de todo derecho hereditario sobre los bienes de su consorte, no así al segundo.

En el caso de separación de hecho, ya hemos visto que priva de derechos á ambos.

En caso de separación judicial, el Código priva también de derechos á los dos cónyuges, y á nuestro juicio con razón, pues el hecho de entablar demanda de divorcio supone un resentimiento entre los cónyuges, es una presunción legal de falta de afecto entre ambos, que para

desvanecerse respecto á uno de ellos, requiere una sentencia de juez competente.

La muerte de uno de los cónyuges antes de terminado el juicio, deja incierta la culpabilidad ó inocencia de los cónyuges en cuanto á la separación, y, ante tal emergencia, el Código, para no ser injusto, debe declarar á ambos culpables haciendo cesar el derecho de sucesión.

Alguno de los cónyuges en muchos casos podrá ser inocente y cometerá seguramente la ley una injusticia manifiesta, privándolo de derechos hereditarios, cuando en realidad no merece tal pena.

Pero, ¿cómo justificar la inocencia de uno de los cónyuges cuando muere durante el curso del proceso?

Sería necesario que los herederos prosiguieran el juicio para llegar á tal fin, lo que es imposible, pues la acción del divorcio es personal y como tal no puede ser iniciada ó seguida sino por los esposos.

La muerte de uno de los cónyuges causa la paralización completa del juicio, y es ante esa imposibilidad de continuarlo, que nuestro Código se ha decidido, basándose en la presunción de falta de afecto, por el hecho de entablar la demanda de divorcio, á privarlos de derechos hereditarios á ambos cónyuges.

El Dr. Llerena (1) opina en este punto de una manera contraria, apoyándose en una sentencia de la Cámara de apelaciones y en un argumento sacado de la ausencia con presunción de fallecimiento.

El camarista Dr. Zavalía se inclina á creer que debe distinguirse la culpabilidad y la inocencia en caso de separación provisoria, porque ella «es un divorcio temporal y limitado á que debe aplicarse la misma regla que al divorcio definitivo, so pena de incurrir en la más grave inconsecuencia» (2).

A nuestro juicio el Dr. Zavalía evitando una grave inconsecuencia, cae en una más grave aún.

Considerar como considera el Dr. Zavalía la separación judicial, como un *divorcio temporal,* nos parece tan erróneo, como considerar en juicio ordinario el embargo preventivo como sentencia definitiva.

La separación judicial es tan sólo una providencia de trámite, puede decirse, en el juicio de divorcio, es algo así como la iniciación del mismo juicio y en muchos casos algo menos que la iniciación, puesto que puede preceder á la demanda (3), así como el embargo preventivo puede preceder la iniciación del juicio ordinario.

(1) *Op. cit.*, título VI, páginas 396 y siguientes.

(2) Tomo V, série 2ª, página 596, *Fallos de la Cámara de la Capital.*

(3) Artículo 68, *Ley de matrimonio civil.*

El Dr. Zavalía quiere comparar en sus efectos la separación judicial al divorcio, y nos parece que eso es imposible.

El divorcio presupone sentencia de juez competente y declaración expresa de la inocencia ó culpabilidad de los cónyuges; la separación judicial nada de eso presupone y sería *grave inconsecuencia* permitir que los herederos prosiguieran la acción para determinar la culpabilidad ó inocencia, cuando la ley expresamente determina que dicha acción es acordada únicamente á los cónyuges.

Ya hemos dicho que puede ser injusta la doctrina establecida en esta parte del artículo que estudiamos; pero sin tratar de reformar la legislación é interpretando tan sólo sus disposiciones, tenemos que convenir en que no cabe otra inteligencia que la que hemos dado á dicho artículo.

El segundo argumento que aduce el Dr. Llerena es tomado de la ausencia con presunción de fallecimiento.

En caso de ausencia, dice el Dr. Llerena, la ley permite dar la posesión hereditaria al cónyuge, ¿y qué otra cosa es la ausencia, sino un abandono voluntario ó sea una separación de hecho?

Hay que distinguir: la ausencia puede ser el resultado de un abandono voluntario y puede no serlo.

En el primer caso no pretendamos aplicar las disposiciones establecidas en el artículo 110 del Código Civil, porque sería absurda tal aplicación.

El artículo 110 legisla la ausencia; pero no legisla el abandono voluntario. La ausencia es un efecto, y hay que investigar la causa para poder apreciar conscientemente qué disposición legislativa habrá que aplicarle.

La ausencia considerada como la consecuencia de un abandono voluntario, si bien puede regirse por las disposiciones del título VIII, libro I, sección I, en cuanto á la presunción del fallecimiento, no puede ser regida por las mismas disposiciones en cuanto á la sucesión, pues debemos tener en cuenta el principio romano: *nisi lex especialiter aliud inducit;* y nadie negará que más especial para regir la sucesión es el principio contenido en el artículo 3575 que el del artículo 110.

Si la ausencia no es el efecto de un abandono voluntario, es decir, si la ausencia ha sido motivada por negocios, por la salud, etc., entonces aplicaremos los principios del artículo 110, que coinciden, como es natural, con los del 3575, y reconoceremos como heredero al cónyuge *supérstite*.

El código francés establece el divorcio absoluto que rompe el vínculo matrimonial, haciendo cesar por consiguiente todo derecho sucesorio entre cónyuges y la se-

paración de cuerpos que se estableció como divorcio para los católicos, no rompiendo el vínculo ni haciendo cesar la sucesión entre cónyuges.

Para el Código francés, la acción de divorcio y de separación son personales y no se prestan por consiguiente á ser iniciadas ó seguidas por los herederos (1). En consecuencia, la muerte de uno de los cónyuges durante el proceso, en ningún caso extingue los derechos hereditarios del otro. En el caso de divorcio, porque se requiere sentencia de juez para que el vínculo se destruya y la sucesión cese por ambas partes (2), no pudiendo los herederos continuarla por haber muerto el cónyuge durante la instancia; y en el de separación, porque ésta nunca causa la pérdida de los derechos sucesorios, proviniendo como único efecto pecuniario la separación de bienes (3).

Por la nueva ley francesa de 10 de Marzo de 1891 la separación de cuerpos priva también de derechos hereditarios al cónyuge supérstite.

El estudio del artículo que analizamos nos sugiere otra cuestión grave y es la de saber si la separación de

(1) MASSOL, *Traité de la séparation de corps*, número 4.
(2) VRAYE ET GODE, *Divorce et séparation de corps*, página 46.
(3) VRAYE ET GODE, *op. cit.*, página 650.

hecho produce *ipso jure* la revocación de las donacionés entre esposos.

Nuestro Código no resuelve el punto expresamente, y trataremos en consecuencia de dilucidarlo de acuerdo con los principios generales que rigen la materia.

Tratando de los efectos que produce el divorcio sobre los bienes, dice nuestro Código: « el cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, *podrá* revocar las donaciones ó ventajas que por el contrato de matrimonio hubiere hecho ó prometido al otro cónyuge, sea que hubiesen de tener efecto en vida ó después de su fallecimiento » (1).

De los términos del artículo citado se deduce claramente que el divorcio no produce *ipso jure* la revocación de las donaciones ante nupciales (la palabra *podrá* nos está indicando que es facultativa la revocación) y que es necesario, para que ello suceda, una revocación expresa, á diferencia de lo que sucede respeto al derecho de sucesión que cesa *ipso jure*, como acabamos de verlo.

El mismo principio jurídico que rige los efectos del divorcio en cuanto á la sucesión se aplica á las donaciones matrimoniales, es decir, que la ley permite revocar

(1) *Ley de matrimonio civil*, artículo 75.

las donaciones sólo al cónyuge inocente, subsistiendo las que hubiere hecho el culpable. La razón de esta diferencia la hemos indicado al principio de este capítulo tratando de la sucesión.

En cuanto á la separación de hecho, ¿se aplicarán los mismos principios? Eso es lo que vamos á investigar.

Los principios que rigen el divorcio, dice Laurent (1), refutando las opiniones de Demolombe (2), no pueden hacerse extensivos á la separación judicial, porque no existe analogía entre ellos y porque el legislador no establece en niguno de sus artículos esa comunidad de principios. Los mismos razonamientos haremos nosotros para sostener que la revocabilidad de las donaciones matrimoniales, permitida en caso de divorcio, no es aplicable al caso de separación y tendrá tanto más fuerza esa argumentación si recordamos que nuestro Código no reconoce como institución legal la separación de hecho.

Por otra parte, la revocación de las donaciones que se permite en caso de divorcio, reviste un carácter penal y aplicable como tal únicamente al cónyuge culpable : no podemos, pues, hacer extensiva al caso de separación

(1) *Principes de droit civil français*, tomo III, página 363.
(2) *Cours de Code Napoleon*, tomo IV, página 464,

dicha ley, porque en materia penal no cabe la interpretación analógica.

Se nos dirá que es injusto no permitir la revocación en el caso de separación de hecho y permitirla en el de divorcio, cuando el divorcio es una institución legal reglamentada por el Código, mientras que la separación es ilícita. Es cierto, pero no podemos romper con todos los principios jurídicos y las reglas deinterpretación establecidas en nuestras leyes, por salvar una pequeña injusticia, pues sería mayor el mal que resultaría de ello, que el pequeño bien que obtendríamos restableciendo la justicia en ese punto.

Refórmese la ley si es injusta; pero mientras la reforma no se opere aplíquese tal como existe, respetando el principio *odia restringi, favores convenit ampliari.*

Pero existen todavía otros argumentos que corroboran nuestra opinión.

El Código Civil dice: « las donaciones entre esposos, prometidas para después del fallecimiento de alguno de ellos en las convenciones nupciales, no pueden ser revocadas, sino por efecto del divorcio ó por haberse declarado nulo el matrimonio » (1). Y más adelante: « todas las donaciones por causa del matrimonio son irrevoca-

(1) Artículo 1236.

bles, y sólo podrán revocarse si fuesen condicionales y la condición no se cumpliera, ó si el matrimonio no llegase á celebrarse ó si fuese anulado por sentencia pasada en cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo » (1).

En estos artículos referentes al caso de donación *mortis causa*, como se ve, no tratan de separación de hecho, sino de divorcio, pudiendo aplicárseles el mismo razonamiento que hemos hecho para las donaciones entre vivos.

No existiendo otras disposiciones en el código que rijan la materia que tratamos, podemos afirmar que la separación de hecho no produce *ipso jure* la revocación de las donaciones matrimoniales, ni permite tampoco hacerlo por acto expreso.

III

La jurisprudencia no ha vacilado en declarar, interpretando el artículo que estudiamos, que en los casos de pérdida de derechos hereditarios de los cónyuges

(1) Artículo 1240.

por separación de hecho, no hay que distinguir cuál de ellos fué el culpable.

Citaremos varios fallos que conocemos sobre el punto á fin de demostrar ese aserto.

En los autos testamentarios de D. Gaspar Monti se suscitó un incidente entre la viuda de dicho señor y otros herederos que pretendían derechos hereditarios, excluyendo á la viuda, por haber vivido en separación de hecho con el causante por largo tiempo.

Fallado el asunto favorablemente á los herederos en primera instancia, pasó en apelación á la Excelentísima Cámara.

El camarista Dr. Damianovich fundó su voto en estos términos: « Se trata en el caso, dijo, de una condición legal no realizada para optar á la herencia del cónyuge: que los esposos no hayan estado separados de hecho.

«Este es un medio que tiene la ley de asegurar la unión y de desautorizar la separación de hecho que ella desconoce, por ser inconciliable con sus propósitos.

« Los mismos términos del artículo 3574, que precede al de la cuestión, están demostrando que en el 3575 el legislador no los ha encontrado hábiles para sostener la distinción que amparase al cónyuge.

« Es que en el primer caso hay un juez competente que

se ha pronunciado sobre cuál de los esposos ha dado causa al divorcio y en el segundo se supone que su separación es voluntaria, desde que han prescindido de dicho juez.

« En estos autos se atribuye respectivamente á cada uno de los esposos la causa de la separación; pero para la ley los dos son culpables del hecho de vivir separados por su propia voluntad...»

Por esos fundamentos votaron confirmando la sentencia del inferior los doctores Damianovich, Pardo, González y Bazán.

El Dr. Zavalía dijo: « en el presente caso, la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, se halla plenamente comprobada, y sólo se ha alegado para desvirtuar sus efectos una reconciliación posterior y que el marido fué el culpable de esa separación, por haber abandonado á la esposa y vivido en adulterio con otra mujer.

« Pero la reconciliación no se ha probado y el juez de la sucesión no debe entrar á averiguar cuál de los cónyuges es el culpable, porque esto no es de su competencia, sino limitarse á examinar el hecho de la separación de los cónyuges sin voluntad de unirse, y ese hecho está probado como lo demuestra el juez *a quo* en los considerandos de su sentencia...»

Por esos fundamentos votó el Dr. Zavalía por la afirmativa, viniendo así á quedar confirmada por unanimidad la sentencia del inferior (1).

En otro incidente de los autos testamentarios de Dª Isidora Alegre se ha interpretado por la Cámara el artículo en cuestión de idéntica manera.

El caso es el siguiente: Doña Isidora Alegre, esposa separada de hecho hacía 30 años, de Don Eugenio Romero, instituye por heredero á D. Cayetano López. Iniciado el juicio testamentario se le nombra defensor al esposo ausente, quien reclama los derechos que como cónyuge le correspondía á aquél. López contestó la demanda haciendo valer la separación de hecho y por tanto la pérdida de los derechos hereditarios.

Fallado el juicio en primera instancia fué condenado Romero.

Interpuesto el recurso de apelación para ante la Cámara, se falló confirmando la sentencia apelada.

El Dr. Damianovich fundó su voto diciendo: « en toda clase de sucesiones, ya sean testadas ó intestadas, el derecho de los cónyuges para heredarse recíprocamente está sometido á la condición de no hallarse al tiempo de su muerte separados de hecho sin voluntad

(1) *Fallos de la Cámara de la Capital*, serie 1ª, página 594.

de unirse, sólo entonces son herederos forzosos el uno del otro, con arreglo al artículo 3575 del Código Civil.

« Para privar de ese derecho al cónyuge supérstite no es necesario una desheredación formal, pues cesa *ipso jure* por el solo hecho de la separación », « cesa también la sucesión de los cónyuges », dice el artículo citado.

« El hecho de la separación desde treinta años atrás está reconocido por ambas partes y basta sólo su duración para demostrar la falta de voluntad de unirse, aún prescindiendo de las causas que uno y otro atribuyen á esa separación, que por su naturaleza misma excluye esa voluntad. »

Como se ve, la jurisprudencia de la Cámara de la Capital es uniforme al respecto.

En la provincia de Buenos Aires se suscitó un caso análogo á los anteriores, que fallado favorablemente á los derechos del cónyuge, por el Juez Dr. Beláustegui, fué revocada la sentencia en apelación y no se admitió el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Corte.

El caso es éste: fallecido en 1873 D. Luis González se presenta ante el Juez Civil el hermano de González pidiendo se le declare único y universal heredero, en atención á que la esposa supérstite había vivido separada de hecho de su esposo por más de 15 años. Estando ausente D[a] Dolores N. de González, esposa del cau-

sante, se le nombró defensor que sostuvo los derechos preferentes de ésta.

Llamados autos, el Juez Dr. Luis Beláustegui dictó la sentencia á que corresponden los siguientes considerandos: « 4° que tampoco está comprobada la falta de voluntad de unirse en los esposos; 5° que en el supuesto que tales hechos estuvieran comprobados, faltaría la prueba de que la separación fué causada por la esposa, pues aún cuando el artículo 3575, no contenga expresamente esta condición, impuesta por el artículo 3574, en el caso de divorcio, ella existe en el espíritu de la ley, que no ha podido acordar la sucesión al cónyuge que no es culpable de divorcio y privar de ella al que no ha provocado el caso menos grave (1) de la separación de hecho; 6° que comprendiéndolo así la parte actora ha tratado de justificar que la esposa es la causante de la separación, etc. »

Apelada la sentencia pasó en vista al Fiscal Dr. Victorica, que trató incidentalmente la separación de los esposos (2) inclinándose á creer que no debía distinguirse

(1) Es justamente en este considerando que nos parece encontrar el error del Dr. Beláustegui. Creer que la separación de hecho es menos grave que el divorcio, nos parece que es ir contra la doctrina de nuestro Código.

Como dijimos hace un momento, entre la separación y el divorcio existe la misma relación que entre un hecho ilícito y uno lícito.

(2) *Vistas Fiscales del Dr. Victorica*, páginas 138 y siguientes. Vista del 17 de Setiembre de 1877.

cuál de los esposos dió causa á ella, entre otras razones para evitar que los colaterales vinieran á desvelar ante la justicia los secretos de la familia para disfrutar de la herencia.

En el acuerdo de la Cámara de lo Civil el Dr. Basavilbaso fundó su voto arribando á esta conclusión que, no habiendo sido probado el hecho principal de haberse separado los cónyuges al tiempo del fallecimiento de González, el actor no ha probado el fundamento de su demanda, y la demanda debe ser absuelta, sin que esto importe declarar que Don Luis González ha sido casado, ni que exista una viuda que debe ser su heredera, sino simplemente resolver, sobre la demanda, etc.

El Dr. Martínez dijo, tratando de la separación: «la disposición del artículo 3575 no da la herencia al cónyuge que no fué causante de la separación sino que simplemente no la acuerda á los que se hayan separado sin voluntad de unirse, es decir, en aquellos casos en que la separación no es momentanea, ó por motivos de enfermedad ó de negocio ó por otra causa cualquiera en que no haya la intención de terminar la vida común, como en el de la mujer que abandona sola ó con otros hombres el hogar de su marido, etc.»

Por esos fundamentos votaron por la afirmativa los

doctores Martínez y Eguía, quedando así revocada la sentencia del juez Dr. Beláustegui.

El defensor de doña Dolores N. de González interpuso con tal motivo el recurso de inaplicabilidad de ley para ante la Corte.

El Dr. Kier dijo en el acuerdo: « la cuestión *sub judice* ante la Cámara de lo Civil era una cuestión de mero hecho.

« El conflicto de derecho entre el hermano y la esposa sólo podía existir en una sucesión abierta bajo el régimen de nuestro Código Civil, mediante la existencia de un hecho que determinase la pérdida de los derechos preferentes de aquélla.

« Ese hecho se ha denunciado por el demandante y ha motivado la recepción de esta causa á prueba.

« Ese hecho, con el exámen analítico de las justificaciones recaidas en autos, ha sido constatada por la mayoría de votos que forma la sentencia y su existencia tiene para esta Corte la fuerza de la cosa juzgada.

« Establecida por ella que la esposa de D. Luis González si alguna vez tuvo legítimamente adquirido ese carácter, hizo abandono voluntario del esposo desde muchos años antes del fallecimiento de aquél, sin haberse reunido más á él, ni concurrido después al llamado por edictos, la deducción jurídica necesaria es que

si aún vive ha perdido todo derecho á la sucesión del cónyuge.

« No existe, pues, inaplicabilidad de ley ó doctrina respecto de esta deducción surgida de hechos precisos, desde que es preceptivo en el artículo 3575 que « cesa también la sucesión de los cónyuges, cuando entre sí vivieron de hecho separados sin voluntad de unirse. »

Los doctores Villegas, Escalada, González y Somellera se adhirieron á ese voto quedando formulada la siguiente sentencia:

« Considerando: 1° Que en las sucesiones abiertas bajo el régimen de nuestro Código Civil, el conflicto entre los derechos de la esposa y los hermanos del causante sólo puede existir, mediando la existencia de un hecho que determine la pérdida de los derechos preferentes de aquélla;

« 2° Que por el artículo 3575 cesa la sucesión de los cónyuges entre sí cuando viviesen éstos separados sin voluntad de unirse;

« 3° Que el hecho de la separación ha sido denunciado por el demandante y motivado la recepción de la causa á prueba;

« 4° Que la Cámara *a quo,* por la mayoría de votos que firma la sentencia, ha examinado las justificaciones rendidas y declarado constatado ese hecho;

« 5° Que no envolviendo esa declaración ni infracción, ni errónea aplicación de las disposiciones sobre la prueba, tiene para la Corte la fuerza de la cosa juzgada y por consiguiente, ésta debe limitarse á decidir si ante ese hecho es ó no aplicable la ley en que la Cámara funda su sentencia;

« 6° Que la resolución de la Cámara es perfectamente arreglada á la prescripción del artículo 3575.

« Por estos fundamentos y los del precedente acuerdo, la Corte falla, declarando: que no existe inaplicabilidad de ley ó doctrina en la sentencia apelada. »

IV

Como hemos dicho al estudiar los efectos de la separación de hecho según nuestro Código, sus disposiciones parecen ser únicas, no existiendo, por consiguiente, en ninguna de las legislaciones que conocemos.

No sucede lo mismo con las referentes al divorcio, que son, puede decirse, universales.

Así el Código *uruguayo,* como el nuestro, priva de los derechos hereditarios y de las donaciones matrimoniales al cónyuge culpable del divorcio (1).

(1) Artículos 837 y 166.

De la separación de hecho nada dice.

Las mismas disposiciones consignan los códigos *Chileno* (1), *Colombiano* (2), *Venezolano* (3), *Boliviano* (4), *Peruano* (5), haciendo extensiva la pérdida de los derechos hereditarios al cónyuge que viva escandalosamente (6), *Mejicano* (7).

Respecto á la legislación de Estados Unidos, diremos con Jannet (8), que en ese país el uso inmoderado del divorcio hará pronto que las nociones de matrimonio, de fidelidad conyugal y de adulterio no tengan ningún sentido práctico.

(1) Artículos 994 y 1173.
(2) Artículo 164.
(3) Artículos 160 y 171.
(4) Artículo 156.
(5) Artículo 932.
(6) Artículo 931.
(7) Artículo 250.
(8) *Les Etats Unis contemporains*, 2ª edición, París, 1876, página 207.

CAPÍTULO VII

MATRIMONIO IN EXTREMIS

I. Historia. La historia no nos enseña si el matrimonio *in extremis* hacía ó no cesar la sucesión de los cónyuges. — II. El código civil argentino. *Estudio del artículo 3573*. Requisitos que exige para que sea aplicable: Matrimonio *in artículo mortis*. ¿Es indispensable que el matrimonio se haya celebrado en esa forma para que se prive de sucesión al cónyuge supérstite? Enfermedad de uno de los cónyuges. ¿A qué clase de enfermedad se refiere el artículo? Enfermedades crónicas y agudas. Enfermedades graves y leves. Afecciones. ¿Están comprendidas en el artículo las afecciones? Para privar de sucesión al cónyuge es necesario que muera de la misma enfermedad que tenía al contraer matrimonio. Agravación de la enfermedad. Complicación de la enfermedad. La muerte debe ocurrir dentro de los treinta dias siguientes á la celebración del matrimonio. Manera de contar ese plazo. Prueba del término. *Cuestiones que suscita la aplicación del artículo que estudiamos*. Casándose un hombre con una mujer á quien tenía instituída heredera en testamento y falleciendo dentro de los treinta dias de la misma enfermedad que lo aquejaba al contraer matrimonio, ¿podrá pretender derechos hereditarios *ex testamento* ó *ab intestato*? División de las cuestiones. Primera cuestión: ¿Puede pretender derechos *ab intestato*? Solución. Segunda cuestión: ¿Puede pretender derechos *ex testamento*? Solución. — III. Jurisprudencia. Autos testamentarios de Don Sebastián Cordero. Incidente entre la viuda y el hermano de dicho señor. Resolución del Juez Casares. Fallo de la Cámara de Apelaciones. Acuerdo de la Corte Provincial de Buenos Aires. Fundamento del voto de los Doctores Villegas y Escalada. Sentencia de la Corte. — IV. Legislación comparada americana. *Perú*.

I

La historia no nos demuestra en manera alguna que haya existido disposición legistiva en los pueblos de la antigüedad, prohibiendo el derecho de sucesión, que en algunas partes tenía la mujer sobre los bienes del esposo, cuando el matrimonio era celebrado *in extremis*.

Es por eso que este capítulo da comienzo con los principios establecidos por nuestra legislación á diferencia de los otros que principian con una pequeña introducción histórica.

II

Nuestro Código priva de derechos hereditarios al cónyuge cuando habiendo contraído matrimonio *in extremis* muere el consorte antes de los treinta días siguientes á su celebración.

Los términos del artículo (1) que estudiamos son los

(1) Artículo 3573.

siguientes : « la sucesión deferida al viudo ó viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando, hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes ».

Como se ve, los requisitos exigidos por nuestra ley para que pueda ser privado el cónyuge de derechos hereditarios, son tres : que el matrimonio haya sido celebrado *in articulo mortis,* que la muerte sea producida por la misma enfermedad que lo aquejaba cuando contrajo matrimonio, y que ésta tenga lugar dentro de los treinta días siguientes á la celebración.

La falta de cualquiera de estos requisitos será suficiente para que la disposición contenida en el artículo que estudiamos no se aplique.

El primer requisito que hemos enumerado para que pueda ser privado el cónyuge de derechos hereditarios es — que el matrimonio se haya celebrado en artículo de muerte — hallándose gravemente enfermo uno de los esposos y omitiendo por la urgencia del caso muchas de las formalidades que para la celebración del matrimonio exige la ley.

Sin embargo, aunque éste sea el caso más frecuente, no podemos en ningún modo elevarlo á la categoría de regla general, pues bien puede suceder que el matrimo-

nio se celebre estando enfermo uno de los cónyuges y no pueda considerarse celebrado *in articulo mortis*, es por esa razón que el código no ha usado dichos términos.

Basta, pues, que el matrimonio se haya celebrado estando enfermo uno de los cónyuges, para que si se reunen las demás circunstancias del artículo, se extingan los derechos hereditarios que al otro podían corresponder.

Saber á punto fijo qué especie de enfermedad debe aquejar al cónyuge, según el artículo que estudiamos, es cuestión seria.

Los términos del artículo no dan luz alguna sobre el particular, y por el contrario son tan ambiguos que sirven más bien de confusión ; *hallándose enfermo*, dice el artículo.

Pero, *enfermo;* no indica otra cosa que el que tiene una enfermedad, y *enfermedad* es un término muy extenso que indica el conjunto de fenómenos mórbidos que actúan en el organismo bajo la influencia de una misma causa inicial (1), comprendiendo por consiguiente tanto las enfermedades crónicas como las agudas.

(1) HALLOPEAU, *Pathologie générale*, página 752.

¿A cuáles se ha referido el legislador? Nos inclinamos á creer que en ese sentido, en que son clasificadas por la ciencia médica, están comprendidas ambas en los términos del artículo, y corrobora nuestra creencia la nota que al pié de él ha colocado el codificador. En ella dice: « no hay razón alguna para dar á los cónyuges derechos sucesorios, cuando el matrimonio es *in extremis*. En alguna provincia de la república se ha dado derecho sucesorio á los cónyuges sobre los parientes colaterales, y se han visto matrimonios *in extremis* verdaderamente escandalosos, con sólo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo ».

Como se desprende del espíritu de la nota transcrita, lo que el codificador se ha propuesto evitar con el artículo que estudiamos, es que tenga el mismo efecto civil un matrimonio celebrado únicamente en vista del interés y otro celebrado en vista de móviles más elevados.

Basta, pues, que el cónyuge se encuentre enfermo en el momento de celebrarlo y muera de esa enfermedad en el término que indica el artículo para que cese la sucesión que correspondería al supérstite, sin entrar á averiguar si la enfermedad era crónica ó aguda.

Otra división no muy científica, pero sí muy corriente de las enfermedades es en grave y leve.

Enfermedad grave es aquella que presenta un cor-

tejo de síntomas funestos, mientras que la leve en ningún modo hace peligrar por sí misma la existencia. Sin embargo, una enfermedad leve puede agravarse y sería el caso de preguntarse, ¿estando levemente enfermo uno de los cónyuges al contraer matrimonio, agravándose luego esa enfermedad y muriendo dentro de los treinta días siguientes á la celebración, se podría aplicar el artículo que estudiamos?

Creemos que no, pues el objeto que se propone el artículo en cuestión es evitar que el matrimonio responda únicamente al interés de la sucesión y seguramente que el cónyuge supérstite no ha podido tener en cuenta ese móvil, desde que lo natural era suponer que una enfermedad leve no causaría la muerte.

Esa nos parece que debe ser la interpretación de la disposición que estudiamos, y es esa también la restricción que impone á la latitud de los términos del artículo la nota del codificador.

En cuanto á las *afecciones*, que difieren de la enfermedad únicamente en que se hace abstracción de su causa para apreciarla (1), nos parece que deben aplicársele los mismos principios, y que aunque el artículo no las menciona se encuentran comprendidas en el término

(1) Hallopeau, *op. cit.*, páginas 2 y 752.

genérico de enfermedad, como opinan muchos autores de medicina.

En un solo caso creemos que la *afección* no produciría la pérdida de los derechos hereditarios, y es cuando no presenta manifestaciones exteriores y es desconocida completamente para los cónyuges.

Así, por ejemplo, una afección orgánica al corazón puede no ser conocida ni por el paciente ni por su desposada, por no haber sido bien diagnosticada, por no haberse manifestado ó por cualquiera otra causa. Creyéndose sano el que la sufre puede muy bien contraer matrimonio. Supongamos que la afección se manifieste durante el matrimonio y produzca la muerte dentro de los treinta dias siguientes á su celebración, ¿perderá en ese caso el cónyuge supérstite sus derechos hereditarios?

Seguramente no, desde que no conocía la enfermedad de su consorte en el momento del matrimonio, no puede por consiguiente existir la presunción de que las nupcias hayan tenido por móvil el interés, que es lo que quiere impedir el artículo 3573.

El segundo requisito que exige la ley para privar al cónyuge de derechos hereditarios, es que muera de esa enfermedad.

Esta cláusula es de estricta interpretación, pues

siendo de carácter penal debe aplicarse el: *odia restringi.*

Por otra parte, los términos del artículo son bien claros y precisos: si *muriese de esa enfermedad,* dice la disposición de que tratamos.

Si el cónyuge muere de otra enfermedad que la que tenía el día que contrajo matrimonio, no podrá aplicarse el artículo en cuestión.

Si la enfermedad fuese leve el día que contrajo matrimonio y después se agravara produciendo la muerte, tampoco se aplicará el artículo, por faltar la razón de la ley: *cesanti rationis legis, cesat ejus dispositio.*

Aún cuando el cónyuge hubiera contraído matrimonio aquejándolo una grave enfermedad y muriese dentro de los treinta días siguientes, no se le privaría de la herencia al cónyuge supérstite si la muerte fué ocasionada por una enfermedad distinta de la que tenía el día de la celebración.

En semejantes casos creo que el juez de la causa no podría negarse á admitir un examen pericial que propusiera el cónyuge *supérstite,* pues la presunción del artículo tiene que aplicarse sólo en el caso de existir plenamente comprobados todos sus requisitos.

La última cláusula del artículo exige que la muerte ocurra dentro de los treinta días siguientes á la celebración del matrimonio.

Esta cláusula es por la misma razón que la anterior de interpretación estricta.

Así, no se aplicará el artículo si el cónyuge muere, aunque sea de la misma enfermedad que tenía al contraer matrimonio, después de los treinta días.

En cuanto al modo de contar el plazo que indica el artículo, se estará á los principios generales establecidos en el título preliminar de nuestro Código.

El artículo 20 de dicho título y del Código, dice: «Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último dia; y así los actos que deben ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto plazo, valen, si se ejecutan antes de la media noche, en que termina el último día del plazo.»

El término que indica el artículo 3573, debe, pues, contarse desde el día en que se contrajo el matrimonio hasta la media noche del trigésimo siguiente.

En cuanto á la prueba de dicho término es muy sencilla desde que debe existir la partida de matrimonio que indica el dia de su celebración y la de defunción que señala el día y hora en que falleció el cónyuge. Estas partidas hacen plena fé en tanto que no son argüidas de falso (1).

(1) Artículos 894 y 86, *Codigo Civil*, y 26, *Ley de Registro Civil*.



Dadas estas breves nociones sobre generalidades del artículo que estudiamos, trataremos de resolver una cuestión que dicho artículo suscita.

La cuestión es la siguiente:

Casándose un hombre con una mujer á quien tenía instituída heredera en testamento, y falleciendo dentro de los treinta días, de la misma enfermedad que lo aquejaba al celebrarse el matrimonio, ¿podrá la mujer pretender derechos hereditarios *ex testamento* ó *ab intestato*?

El caso como se puede ver á primera vista es de difícil solución.

Analizaremos sucesivamente las dos hipótesis contenidas en el problema jurídico que acabamos de plantear subdividiéndolo así:

1° ¿Puede el cónyuge *supérstite* pretender derechos *ab intestato* en el caso que estudiamos?

El artículo 3573 que hace un momento hemos analizado, es terminante y absoluto, no dejando lugar á duda alguna.

Si el matrimonio fué celebrado *in extremis* y murió el cónyuge de la enfermedad que padecía al celebrarse dentro de los treinta días siguientes, es natural que el *supérstite* no puede pretender derecho hereditario alguno sobre los bienes del premuerto.

No nos detendremos en esta cuestión, porque ya la hemos analizado al principio de este capítulo; los mismos razonamientos y argumentación que allí hicimos aquí tendríamos que aplicarlos y eso sería una repetición inútil; bástanos con expresar la solución del caso.

2° ¿Podrá el cónyuge *supérstite* pretender derechos *ex testamento*?

Esta es la cuestión que debemos resolver y que más dificultades presenta por existir disposiciones confusas en nuestro Código al respecto.

El punto en cuestión ha sido tratado por nuestros tribunales, sin haber obtenido una solución uniforme de los diversos jueces que entendieron en él.

Dos sentencias, una en primera instancia y otra ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires han resuelto el caso negativamente.

La sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, por el contrario, resolvió la cuestión afirmativamente acordando derechos hereditarios *ex testamento* al cónyuge supérstite.

La dificultad del problema que estudiamos se presenta en la interpretación de un artículo de nuestro Código, el 3826.

Este artículo dice: « todo testamento hecho por per-

sona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraíga matrimonio».

Interpretada esa disposición literalmente parece fuera de duda que el cónyuge supérstite en caso de matrimonio *in extremis* é instituído en testamento anterior al matrimonio no puede pretender derechos hereditarios *ex testamento*.

Sin embargo, tal interpretación nos parece contraria al espíritu del artículo que analizamos.

En efecto, la razón que ha tenido el legislador para establecer semejantes disposiciones, no ha sido otra que las nuevas afecciones y vinculaciones que crea el matrimonio.

Una persona soltera al hacer testamento instituye á sus parientes, que bien pueden ser colaterales y en grado remoto; pero una vez que contrae matrimonio sus afecciones y deberes varían; la esposa, como lo reconoce muy bien nuestro Código al tratar de las sucesiones intestadas, ocupa un lugar preferente entre sus afecciones y comparte el cariño del esposo con los hijos. Basada la sucesión como lo indica el codificador en la afección, hubiera sido inconsecuente nuestra ley si no les hubiera hecho compartir preferentemente á los demás parientes los bienes del consorte, como supone que comparten su afecto.



Es por eso que el matrimonio revoca el testamento anterior.

Pero en el caso de que nos ocupamos no existe razón alguna para que el testamento sea revocado, pues las nuevas afecciones que crea el matrimonio y que militan en favor de la revocación, no existen en este caso, desde que la esposa es una persona estimada seguramente por el causante una vez que la instituye por heredera, y su afecto no se diga que ha disminuído, sino que, por el contrario, ha aumentado, viniendo á corroborar esta creencia el matrimonio que con ella celebra y que bien puede ser considerado como una confirmación tácita que hace el cónyuge de su testamento pocos momentos antes de su muerte.

Sería inicuo privar al testador legar sus bienes á la persona que estima, á la persona que en vida compartió sus pesares y sus alegrías, á la persona que con su auxilio y cooperación le ayudó á formar su fortuna, á la madre de sus hijos por el *horrible delito de ser su esposa!*

¿Quién se atreverá á sostener que nuestro Código protege al concubinato? Seguramente nadie; y sin embargo, indirectamente, esa tesis absurda ha sido sostenida unánimemente por la Corte provincial de Buenos Aires. En efecto, la sentencia que priva de dere-

chos hereditarios *ex testamento* al cónyuge casado en artículo de muerte, no hace otra cosa, pues el argumento de la Corte, de que el causante pueda confeccionar un nuevo testamento, es casi siempre imposible en tales casos en que por regla general el enfermo se halla con sus facultades mentales atacadas, y en que los breves intérvalos lúcidos que pueda tener se aprovechan para celebrar el matrimonio.

Un padre que se ve obligado á pagar la legitimación de sus hijos y la organización de su familia al duro precio de tener que dejar á su esposa en la indigencia, tendrá forzosamente que renunciar á ese medio moralizador que la ley le indica, tanto más cuanto que los hijos fácilmente pueden hacerse declarar hijos naturales y obtener derechos hereditarios.

No, la ley no puede consignar ese absurdo.

Comprendemos que se prive al cónyuge supérstite de derechos hereditarios *ab instestato* cuando el matrimonio haya sido celebrado *in extremis*, porque eso tiene por objeto evitar una inmoralidad en regla general; pero privarlo de derechos *ex testamento* no es evitar tal inmoralidad desde que ella no existe; aunque el matrimonio no se celebre, el cónyuge heredará.

Los ministros de la Corte provincial de Buenos Aires en la sentencia dada sobre el particular alega-

ron para dar por revocado el testamento hecho por el cónyuge premuerto antes de celebrar matrimonio, que la ley debe ser conocida de todos y que si el cónyuge premuerto no hizo otro testamento, mostraba en tal actitud su voluntad de morir intestato.

Que la ignorancia de la ley no sea una escusa, es cierto; pero que deba presumirse en el causante la voluntad de morir intestado, no nos parece justo, desde que la regla general en materia de testamentos (1) es que subsistan en su validez y no sean revocados sino por otro testamento.

La Corte, basándose en que la ley dice que *todo* testamento se revoca por el matrimonio, no permite distinguir temiendo violar el principio de interpretación: *ubi verba non sunt ambigua non est locus interpretationis*. Y así, por no violar ese principio viola otro: de que debe estarse al espíritu y no á la letra de las disposiciones.

Interpretado á la letra el artículo no cabe duda que la Corte ha fallado bien; pero á nuestro juicio el espíritu de la ley es otro.

La letra en muchos casos puede llevar á absurdos y basta con citar la ley inglesa que prohibía la bigamia,

(1) Artículo 3827.

que interpretada á la letra permitía la poligamia, ó la ley de Bolonia que prohibió derramar sangre en la plaza pública bajo pena capital, sin mayores explicaciones; á pesar de que sus palabras no eran ambiguas los jueces encargados de aplicarla tuvieron que atender á su espíritu cuando fué arrestado un médico por haber hecho en el sitio prohibido una sangría.

Para interpretar justamente la ley debemos atender á su letra y á su espíritu, debiendo predominar este último en caso de duda.

Que el artículo 3826 establece una presunción *juris et de jure* no lo negaremos; pero si nos parece que la presunción existe únicamente en los casos en que la ley pueda aplicarse y, como hemos dicho, no creemos que en el caso que estudiamos sea justa su aplicación.

La opinión que sostenemos en esta materia, es la misma que sostuvo el ilustrado Dr. Leopoldo Basavilbaso fundando su voto en el acuerdo de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires con motivo de un incidente de la testamentaría de D. Sebastián Cordero, y son sus ideas las que nos han animado á sostener la tésis que acabamos de exponer.

III

Ya hemos hecho mención de un caso tramitado ante los tribunales de la Provincia de Buenos Aires en que se trataba de la pérdida de derechos hereditarios por parte del cónyuge que hubiera contraído matrimonio *in extremis*.

Creemos que esa ha sido la única vez que se ha discutido el punto ante nuestros tribunales y por eso daremos los antecedentes del juicio y su sentencia ante la Corte.

El caso es el siguiente:

D. Sebastián Cordero testó el 2 de Agosto de 1869, instituyendo heredera, á la que más tarde fué su esposa por matrimonio contraido *in articulo mortis* en 26 de Marzo de 1871. Fallecido Cordero en 28 de Marzo de 1871, se presentó su esposa ante el Juez de lo Civil Dr. Angel Casares iniciando el juicio testamentario de su esposo. El juez Casares declaró que la esposa no podía heredar ni *ex testamento* ni *ab intestato*.

Interpuesto el recurso de apelación la Cámara declaró que si bien la viuda no podía pretender derechos he–

reditarios *ab intestato* por haber sido celebrado el matrimonio *in extremis*, no existía razón para privarle de heredadar *ex testamento*.

Llevado el asunto á la Corte se planteó la cuestión siguiente: ¿El casamiento *in articulo mortis*, anula los beneficios que un testamento anterior acuerda á la cónyuge que no tiene derechos hereditarios?

El Dr. Villegas dijo: « El artículo 3826 dispone que el acto del matrimonio revoca el testamento hecho por el cónyuge cuando era soltero.

« Indudablemente que el fundamento de ese precepto es la nueva situación que el matrimonio crea en vínculos, deberes y afecciones; pero el fundamento del artículo 3573 es también que tales afecciones, vínculos y deberes no existen en la desposada *in articulo mortis*, cuando el enfermo fallece antes del mes y de la enfermedad que sufría cuando casó.

«Y esa razón presumida podría corroborarse en actos mismos del desposado.

A nadie le es permitido alegar la ignorancia de la ley.

« El desposado que sabía que el acto del matrimonio anulaba su testamento anterior y no hacía otro mostraba en tal actitud su voluntad de morir intestado.

« Por otra parte, el matrimonio *in articulo mortis*,

por regla general es un bien en el contrayente sano con el que podrían quedar remunerados servicios que el testamento anterior pagaba en dinero; si es que no importaba una presión en el espíritu débil del enfermo, poseído de su inmediato fin, y cuya presión alejase toda voluntad íntima de hacerle partícipe en los bienes.

« Y si se observara que las mismas razones militan para conservar la disposición después de los 30 días, no podrían desentenderse de tomar en cuenta las razones sociales y del órden de las familias, que aconsejan no llevar más léjos la prohibición.

« Por estos fundamentos voto por la afirmativa. »

El Dr. Escalada dijo : « voto afirmativamente por estas dos razones que reputo concluyentes por ser otros tantos aforismos de derecho.

« En primer lugar, la prescripción del artículo 3826 es clara, terminante y absoluta. En efecto nada más terminante que estos conceptos: « Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada queda revocado desde que contraiga matrimonio ».

« La ley no hace distincion alguna y por el contrario el adjetivo « *todo ó toda* que se aplica á lo que se toma ó considera en su integridad con relación al número, cantidad, extensión, etc., » como lo enseña el *Diccionario de la lengua castellana* no deja la mínima duda respecto

á que en la mente del legislador no entró el hacer excepción de aquel principio: *cum lex non distinguit nec non distinguere debemus*. En tal caso la misión del juez no es interpretar la ley sino aplicarla literalmente. Si hace lo primero viola esta otra regla fundamental: *Ubi verba non sunt ambigua non est locus interpretationis*.

« En segundo lugar, cuando la ley establece una presunción *juris et de jure* y sobre ella basa una disposición, esa base es inconmovible. El Juez tiene que respetarla como verdad dogmática y no debe ni aún permitir se produzca prueba en contrario. Puede hacerse esta verdad más palpable con un ejemplo.

« El nuevo Código, recién á los 18 años acuerda la facultad de testar. Es indudable que hay muchos individuos de uno y otro sexo que antes de esa edad gozan de la integridad de juicio suficiente para ejercer con acierto la testamentifacción. Basta recordar que por las antiguas leyes era deferida al hombre desde los 14 años y á la mujer desde los 12.

« Ahora bien, ¿podría suponerse caso alguno en que se declarase válido el testamento hecho por un menor de 18 años, bajo el pretesto de que gozaba de suficiente lucidez intelectual para saber lo que hacía? ¿Sería permitido al magistrado recibir prueba sobre el particular

aún cuando ese menor fuese notoriamente un sér tan privilegiado como Guillermo Pitt, que casi niño dirigía como primer ministro los negocios de la Gran Bretaña?

« Nada menos que esto. La ley presume que antes de los 18 años carece el hombre de la preparación necesaria para ejercer la facultad de testar.

« Indudablemente esa presunción es desmentida por hechos evidentes en muchos casos. No importa : sobre ella la ley ha establecido una disposición ; la presunción por lo tanto se ha convertido en presunción *juris et de jure*. Desde entonces está vedado al magistrado conmover esa base y destruir así la disposición que sobre ella reposa. »

Los Doctores Somellera, Kier y González se adhirieron á ese voto, quedando así formulada la siguiente sentencia :

« Considerando : 1° Que según el artículo 3826 del Código Civil todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada queda revocado desde que contraiga matrimonio.

« 2° Que ante el texto explícito y absoluto de ese artículo el testamento de foja... hecho por D. Sebastián Cordero, en 2 de Agosto de 1869 quedó revocado por el matrimonio que contrajo en 26 de Marzo de 1871.

« 3° Que tal revocación se opera *ipso jure*, por el ministerio de la ley desde la celebración del matrimonio.

« 4° Que no es escusado la ignorancia de la ley, que odos están en el deber de saberla (artículos, 20 y 923, Código Civil), el testador que debía conocer la prescripción del artículo 3826 y no hacía otro testamento después de su matrimonio, debe persumirse que su voluntad era morir intestado.

« 5° Que esa presunción es *juris et de jure,* atenta la prescripción de dicho artículo y no puede admitirse prueba en contrario.

« Por estos fundamentos y los del precedente acuerdo la Corte falla: declarando que existe inaplicabilidad de ley en la sentencia recurrida, debiendo quedar subsistente la de primera instancia. »

IV

Pocos son los Códigos que consagran una disposición análoga al nuestro.

No es extraño que todos aquellos que no reconocen carácter hereditario forzoso á los cónyuges, no conten-

gan disposiciones sobre el matrimonio *in extremis;* pero aún los que le reconocen tal carácter no legislan sobre el punto.

De las legislaciones americanas sólo la del *Perú* contiene una disposición análoga á la nuestra.

El Código peruano no concede la cuarta conyugal que establece como derecho sucesorio entre los cónyuges á aquellos que han contraído matrimonio en artículo de muerte (artículo 930).

Como se vé, esta disposición es aun más rigurosa que la de nuestro Código, pues no fija un límite para la pérdida de los derechos hereditarios.

RAFAEL HERRERA VEGAS (hijo).

ÍNDICE

CAPÍTULO II

PARTICIÓN POR DONACIÓN Ó POR TESTAMENTO

CAPÍTULO III

DESHEREDACIÓN

CAPÍTULO IV

DONACIONES INOFICIOSAS

CAPÍTULO V

COLACIÓN

CAPÍTULO VI

SEPARACIÓN DE HECHO

CAPÍTULO VII

MATRIMONIO IN EXTREMIS

